

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CARACOL TELEVISIÓN S.A.

Contra

COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D. C. Cinco (5) de Abril del año dos mil once (2.011).

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por CARACOL TELEVISIÓN S.A., por una parte y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por la otra.

I. ANTECEDENTES

1.1. El Contrato origen de las controversias.

Contrato de Concesión No. 136 suscrito entre La Comisión Nacional de Televisión y CARACOL Televisión S.A. el 22 de diciembre de 1997 y sus otros sí No. 1,2 y 3 (Folios 1 a 36 del Cuaderno de Pruebas N° 1).

1.2. El Pacto Arbitral.

En el Contrato arriba mencionado, se pactó arbitraje en su CLÁUSULA 40, en los siguientes términos:

“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, D.C., 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”.

1.3. El trámite del proceso arbitral.

1.3.1. **La convocatoria del Tribunal arbitral:** El día 19 de diciembre de 2008 el apoderado de CARACOL, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

- 1.3.2. **Designación de los árbitros:** Las partes de común acuerdo designaron a los doctores **PATRICIA MIER BARROS, DIEGO MORENO JARAMILLO** y **FELIPE NEGRET MOSQUERA**, según comunicación que obra a folio 101 del Cuaderno Principal No.1
- 1.3.3. **Instalación:** Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros y a las partes, y conforme con lo dispuesto en el art. 142 del D. 1818/98, el Tribunal se instaló el 18 de febrero de 2010 en sesión realizada en dicho Centro, (Acta N° 1, folios 123 a 125 Cuaderno Principal No. 1). En ella se designó como Secretaria a la doctora **ALEXANDRA QUINTERO**, quien el 18 de febrero siguiente aceptó el cargo y posteriormente el 9 de abril renunció. En consecuencia, el Tribunal designó a la doctora **LAURA BARRIOS MORALES** quien aceptó y tomó posesión del cargo el 13 de abril de 2010 según consta en acta que obra a folio 246 del Cuaderno Principal No. 1.
- Dado que la Dra. Alexandra Quintero trabajó como secretaria del Tribunal de Arbitramento del 18 de febrero de 2010 (fecha en la cual aceptó la designación según consta a folio 127 del Cuaderno Principal No. 1) hasta el 9 de abril de 2010 (fecha en la cual el Tribunal aceptó su renuncia según consta en Acta No. 4 a folios 239 a 245 del mismo cuaderno), el Tribunal le reconocerá honorarios por el periodo trabajado, dinero que se descontará del rubro de otros gastos consignados por las partes.
- 1.3.4. **Admisión de la demanda y notificación:** En la misma audiencia de instalación el Tribunal admitió la demanda, notificó personalmente al apoderado de la convocada el auto admisorio de la misma y le entregó copias de traslado.
- 1.3.5. **Contestación de la demanda:** El 4 de marzo de 2010 el apoderado de la convocada presentó escrito mediante el cual contestó la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas.
- 1.3.6. **Audiencia de conciliación:** El 9 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria. (Acta No. 4 Folios 239 a 245 Cuaderno Principal No.1).
- 1.3.7. **Honorarios y gastos del proceso:** Fracasada la conciliación, en esa misma audiencia el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, los gastos de protocolización y otros gastos, las cuales fueron pagadas oportunamente por las partes.
- 1.3.8. **Primera audiencia de trámite:** El 5 de mayo de 2010 se dio inicio a la primera audiencia de trámite. En dicha audiencia se dio cumplimiento a las formalidades previstas por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias entre CARACOL y la Comisión Nacional de Televisión derivadas del Contrato de Concesión No. 136 suscrito el 22 de diciembre de 1997, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el mismo. En esta misma audiencia, el Tribunal fijó el término de duración del

proceso en seis meses y decretó pruebas (Acta 5 folios 248 a 260 Cuaderno Principal N° 1)

1.3.9. Decreto de pruebas: En la primera audiencia de trámite el Tribunal profirió el decreto de las pruebas solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación de la demanda, y en el memorial mediante el cual la convocante recorrió el traslado de excepciones. El Tribunal negó dos solicitudes de oficios dirigidos a la Comisión Nacional de Televisión y decretó de oficio la exhibición de los documentos que la convocante pretendía recaudar mediante dichos oficios. Así mismo el Tribunal señaló fechas para la práctica de las diligencias y declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

1.4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se realizó el **5 de mayo de 2010**. Por solicitud de ambas partes, el Tribunal decretó la suspensión del proceso así:

Suspensión del 6 al 18 de mayo (Acta No. 5 y 6)	13 días
Suspensión del 3 al 27 de junio (Acta No. 7)	25 días
Suspensión del 1 de julio al 29 de agosto (Acta No. 10)	60 días
Suspensión del 16 de septiembre al 11 de octubre (Acta No. 11)	26 días
Suspensión del 20 de octubre al 15 de noviembre (Acta No. 12)	27 días
Suspensión del 2 al 12 de diciembre y del 22 de diciembre de 2010 al 19 de enero de 2011 (Acta No. 13)	40 días
Suspensión del 25 de enero al 13 de feb. de 2011 (Acta No. 15)	19 días
Suspensión del 2 de marzo al 4 de abril de 2011 (Acta No. 17)	34 días
Total	244 días

De conformidad con lo anterior, el término del proceso vence el **7 de julio de 2011**.

1.5. Presupuestos Procesales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

1.5.1. Demanda en forma: La demanda cumplió los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

1.5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto del 5 de mayo de 2010 proferido en la primera audiencia de trámite (Acta N° 5) el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre **CARACOL** y **la Comisión Nacional de Televisión**, respecto a las controversias derivadas del Contrato de Concesión No. 136 suscrito el 22 de diciembre de 1997, con fundamento en la Cláusula compromisoria contenida en el mismo.

1.5.3. Capacidad: Tanto la convocante como la convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

1.6. Partes Procesales.

1.6.1. Demandante

CARACOL TELEVISIÓN S.A. es una sociedad comercial que, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 41 a 45 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante escritura pública N° 4656 del 28 de agosto de 1969 de la Notaría 4 de Bogotá, la cual fue reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través del señor **JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

1.6.2. Demandada

COMISION NACIONAL DE TELEVISION, es una entidad autónoma del orden Nacional domiciliada en la ciudad de Bogotá. Comparece al proceso a través del señor **JUAN ANDRES CARREÑO CARDONA**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

1.7. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante por el doctor **RAFAEL H. GAMBOA SERRANO** y la parte convocada por el doctor **SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTIZ**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

II. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

2.1. La prueba documental

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante relacionados en la demanda a folios 36 y 37 del Cuaderno Principal No. 1. y en el memorial mediante el cual recorrió el traslado de excepciones (folio 226 del mismo Cuaderno). Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocada relacionados en la contestación de la demanda a folio 129 del Cuaderno Principal No.1. Así mismo se incorporaron al expediente los documentos aportados por el testigo Jaime Robledo (Folios 218 a 221 Cuaderno de Pruebas No. 7), y los exhibidos por las partes en inspecciones judiciales, seleccionados de común acuerdo por las partes, y que obran en los Cuadernos de Pruebas No. 3, 4, 5 y 6. Se incorporaron también al expediente los documentos enviados por (i) el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Folios 644 Cuaderno de Pruebas 1, 580 a 695 Cuaderno de Pruebas 2 y por (ii) la Comisión Nacional de Televisión (Folios 456 a 579 Cuaderno de Pruebas No.2 y 169 a 217 Cuaderno de Pruebas 6) en respuesta a los oficios enviados por el Tribunal.

2.2. Testimonios.

En audiencia de 19 de mayo de 2010 rindió testimonio la señora Guiomar Sanin Posada (Acta No 6.).

El 2 de junio de 2010 rindieron testimonio los señores Carlos Grisales Olaya y Ernesto Orozco Orozco, (Acta No. 7).

El 28 de junio de 2010 rindió testimonio el señor Jaime Robledo (Acta No. 8)

El 24 de enero de 2011, como pruebas solicitadas y decretadas para la objeción por error grave, rindieron testimonio los señores Carlos Grisales Olaya, Jaime Robledo, Ernesto Orozco Orozco y Luis Eduardo Peña Reyes (Acta No. 15).

De las transcripciones de los testimonios rendidos se le corrió traslado a las partes quienes entregaron conjuntamente versiones corregidas, las cuales se incorporaron como versión definitiva al expediente.

2.3. Dictamen pericial

Por solicitud de ambas partes se decretaron dos dictámenes periciales. Uno para ser rendido por un especialista en finanzas y el otro por un ingeniero electrónico experto en redes de telecomunicaciones. El Tribunal designó a los doctores Gloria Zady Correa y Lucio Muñoz respectivamente quienes se posesionaron el 29 de junio de 2010 y entregaron sus dictámenes el 30 de agosto siguiente. Las partes solicitaron aclaraciones y/o complementaciones, las cuales fueron entregadas por los peritos el 29 de noviembre de 2010. La parte convocante objetó el dictamen técnico por error grave. La objeción la resolverá el Tribunal en este Laudo.

2.4. Inspección judicial con exhibición de documentos

El Tribunal decretó y practicó diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de la Comisión Nacional de Televisión así como en las de CARACOL. Estas inspecciones se llevaron a cabo los días 29 y 30 de junio de 2010 con la participación de los señores peritos Gloria Zady Correa y Lucio Muñoz. Las partes seleccionaron los documentos que consideraron pertinentes y aportaron las copias correspondientes; documentos que fueron incorporados al expediente el 1 de diciembre de 2010, fecha en la cual se declararon cerradas las diligencias de inspección judicial.

2.5. Oficios

Por solicitud de la parte convocante se libraron oficios al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la Comisión Nacional de Televisión y al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Las dos primeras entidades remitieron al Tribunal los documentos solicitados los cuales hacen parte del expediente. La parte convocante desistió del oficio librado al DANE.

III. PRETENSIONES

“3.1.DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera (1ª).- *Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.*

Segunda (2ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de capital que resulte probada dentro del proceso.

Tercera (3ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que pague las anteriores sumas, junto con su correspondiente actualización e intereses moratorios, causados desde que CARACOL TELEVISIÓN S.A. efectivamente pagó en exceso y hasta la fecha de su reintegro efectivo, o en la forma en que determine el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la fecha del laudo, o en la forma en que a ese efecto determine el Tribunal.

Cuarta (4ª).- Declarar que CARACOL TELEVISIÓN incurrió en gastos extraordinarios por cuenta de algunas de las frecuencias asignadas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, para la ejecución del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997 (antenas).

Quinta (5ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. los gastos extraordinarios incurridos por cuenta de algunas de las frecuencias asignadas para la ejecución del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de capital que resulte probada dentro del proceso (antenas).

Sexta (6ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que pague las anteriores sumas, junto con su correspondiente actualización e intereses moratorios causados desde que CARACOL TELEVISIÓN S.A. incurrió en los gastos para entregar las antenas y hasta la fecha de su reintegro efectivo, o en la forma que determine el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a que se profiera el Laudo, o en la forma en que a ese efecto determine el Tribunal.

Séptima (7ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN al pago de intereses comerciales moratorios entre la fecha o plazo que se indique en el Laudo y hasta el pago efectivo de las sumas a las que sea condenada.

Octava (8ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN al pago de las costas del proceso”.

IV. HECHOS.

4.1. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE LA DEMANDA: ASIGNACIÓN Y UTILIZACIÓN DE FRECUENCIAS.

4.1.1. La posición de la convocante.

4.1.1.1. El marco legal y reglamentario de la asignación y cobro de frecuencias, según la demanda:

Como fundamentos de hecho, la actora expone los que a continuación se sintetizan:

El 22 de diciembre de 1997, las partes celebraron el contrato de concesión No. 136, cuyo objeto consistió en el *“Otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada N2”*.

En punto al “Marco Legal de las frecuencias atribuidas, adjudicadas y asignadas al servicio de televisión”, concluye y resume el convocante los hechos que narra como fundamento de sus pretensiones:

- a) *“Que para el servicio de televisión se atribuyeron y adjudicaron 60 frecuencias o canales.*
- b) *“Que las 60 frecuencias o canales atribuidos y adjudicados al servicio de la televisión, son administrados por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, quien a su turno las debe asignar a cada uno de los Operadores de televisión.*
- c) *“Que a través del “Plan de Utilización de Frecuencias”, la CNTV dividió el país geográficamente en 33 “Secciones” y en cada “Sección” asignó frecuencias a los diferentes operadores que prestan el servicio.*
- d) *“En consecuencia:*
 - *A RCN le asignaron 36 frecuencias o canales: 11 en VHF y 25 en UHF;*
y
 - *A CARACOL le asignaron 41 frecuencias o canales: 11 en VHF y 30 en UHF”.*

Describe la convocante en su escrito de demanda, el tópico determinante de la controversia que plantea al Tribunal en torno al criterio de causación del pago de las tarifas por las frecuencias atribuidas al servicio de televisión y asignadas a los operadores del mismo, en el capítulo que dio en denominar como *“Administración de Frecuencias, fijación de tarifas y forma de pago de las frecuencias”*. Concluye, la convocante sobre este particular, luego de enunciar los contenidos normativos sobre la materia:

“(…) en cuanto corresponde a Frecuencias, la ley 182 de 1995 facultó a la Comisión Nacional de Televisión para:

1. *Fijar las tarifas por la asignación y uso de las Frecuencias (literal g del artículo 5),*
2. *Que la tarifa debe establecerla de conformidad con los criterios establecidos en la misma ley 182 de 1995 (literal b del artículo 12), y*
3. *Que la tarifa se “**causa por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio**” (literal c) del artículo 48 y literal b) del artículo 16).*

“En conclusión, el otorgamiento de la concesión para la operación de un canal nacional de operación privada, da lugar al pago de una tarifa que se causa por la utilización de las frecuencias para la prestación del servicio.”

- 4.1.1.2. La aplicación indebida por la CNTV de las normas que regulan el cobro de frecuencias, según la demandante.

Continúa el demandante haciendo una descripción del contenido normativo relacionado con la asignación y el cobro de las frecuencias asignadas al servicio de televisión y a los concesionarios, y de las cláusulas contractuales que recogen aquél, para concluir que:

- a. *La Ley 182 de 1995, indicó que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN fijaría el valor de las tarifas por concepto de frecuencias;*

- b. La misma Ley indicó que la fijación de tarifas y su cobro, se haría teniendo en cuenta los criterios establecidos en la propia Ley 182 de 1995.
- c. La CNTV en ejercicio de la facultad conferida a través de la Ley 182 de 1995, expidió la Resolución 429 de 18 de septiembre de 1997 a través de la cual fijó las tarifas anuales para las frecuencias asignadas a los canales nacionales de operación privada según el Plan de Utilización de Frecuencias” (PUF).
- d. Al momento de expedirse la Resolución 429 de 18 de septiembre de 1997, no se tenía certeza ni del cubrimiento, ni de las frecuencias que efectivamente utilizaría el operador en la ejecución del contrato.
- e. Según la Ley 182 de 1995 las tarifas se causan “por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”. (literal c) del artículo 48 y literal b) del artículo 16).

A lo largo de la Concesión, la CNTV ha cobrado a los Concesionarios, por concepto de tarifas de frecuencias, todas aquellas frecuencias que aparecen en la Resolución 429 de 1997. (En pie de pág: Así lo evidencia La comunicación de la CNTV a RCN Televisión S.A. de 6 de junio de 2007).

A través de la anterior operación, la Comisión Nacional de Televisión está cobrando a los Concesionarios un mayor valor por concepto de la obligación de pago por la asignación y uso de frecuencias, debido a lo siguiente:

1. La Ley es clara en determinar que el cobro de la tarifa se causa por la utilización de frecuencias indispensables para la prestación del servicio, y no por la simple asignación de éstas, como equivocadamente lo ha cobrado la CNTV.
2. Adicionalmente, el número de frecuencias mencionadas en la Resolución 429 de 1997, no son: (i).- ni las realmente asignadas a cada uno de los concesionarios, y (ii).- ni las efectivamente utilizadas por el concesionario.”

Por otra parte, la convocada hace una extensa reseña del contenido de los pliegos de condiciones de la licitación pública 003 de 1997, que antecedió la suscripción del contrato de concesión No. 136 de 1997, y destaca, como apoyo de sus pretensiones el contenido de la cláusula novena del mismo, cuyo tenor es el siguiente:

“CLÁUSULA 9.- VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO. La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida.

Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N1 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias.”

De la disposición en cita, concluye la convocante que “lo contractualmente establecido en el contrato de concesión, es que el concesionario debe pagar por las frecuencias **asignadas y utilizadas** por éste, para la ejecución del contrato”, pero que, “No obstante lo anterior (...), la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN ha venido cobrando un mayor valor tanto a CARACOL TELEVISIÓN S.A. como a RCN TELEVISIÓN S.A. por concepto de frecuencias.” Considera el demandante que el cobro por la convocada de TODAS las frecuencias consignadas en el Acuerdo 21 de 1997 y 034 de 1998, es irregular al no tener en cuenta los siguientes aspectos:

“

- (i) *Que una misma frecuencia se repite varias veces dentro de una misma "Sección" o departamento del "Plan de Utilización de Frecuencias",*
- (ii) *Que hay varias frecuencias que no son utilizadas por el concesionario, y*
- (iii) *Que varias de las frecuencias se encuentran asignadas a municipios con menos de 20.000 habitantes."*

Con esta conducta, en criterio de la convocante, la CNTV transgrede la ley y el contrato cobrando al concesionario un mayor valor por concepto de frecuencias, "al multiplicar el número de municipios que existen en Colombia (1073) por el valor asignado a cada frecuencia en la Resolución 429 de 1997." Concluye el demandante de este enunciado, que la CNTV:

"

1. *Ha venido cobrando varias veces por una misma frecuencia asignada;*
2. *Cobra por frecuencias asignadas pero que no utiliza el Operador; y*
3. *Cobra por frecuencias asignadas al Concesionario, pero que se encuentran para municipios de menos de 20.000 habitantes.*

Respecto de las frecuencias adjudicadas por la CNTV a los concesionarios CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., afirma la convocante que "de las 60 frecuencias asignadas al servicio de televisión, en estricto sentido 36 de ellas están asignadas a RCN y 41 a CARACOL para que con ellas cubran las diferentes Secciones establecidas en el Plan de Asignación de Frecuencias." De esa manera, concluye la convocante que "En esas condiciones sería razonable estimar que el mayor valor cobrado por la CNTV corresponde a que la CNTV cobra sobre 1073 frecuencias para RCN y sobre 1073 para CARACOL, cuando en realidad debería cobrar sobre 36 frecuencias para RCN y 41 para CARACOL respectivamente, las cuales son, en estricto sentido, las realmente asignadas a cada uno de ellos. En estos términos, la CNTV estaría cobrando 1037 frecuencias de más a CARACOL y 1032 frecuencias de más a RCN."

Así, según la convocante "La CNTV al facturar mensualmente a los concesionarios el valor que se causa por concepto de frecuencias, se limita a facturar sobre todas las frecuencias que aparecen mencionadas en la Resolución 429 de 1997; es decir, cobra tantas frecuencias como municipios existen en Colombia que son 1073; adicionalmente, tampoco repara en si dichas frecuencias están asignadas a municipios con más de 20.000 habitantes, o si ellas son efectivamente utilizadas por el Concesionario."

Por lo anterior, y considerando que es indebido el cobro realizado por la CNTV, la convocante propone al juicio de este Tribunal los "criterios" que en su entender, debe seguir la CNTV para la liquidación y cobro de las tarifas, así:

"

- *Cobro de las frecuencias asignadas al Concesionario y utilizadas en las estaciones transmisoras.*
- *Cobrar las frecuencias asignadas al Concesionario, según el "Plan de Utilización de Frecuencias (PUF).*
- *Cobrar las frecuencias asignadas al Concesionario y utilizadas en municipios de más de 20.000 habitantes.*
- *Cobrar las frecuencias asignadas al Concesionario, y utilizadas en municipios de más de 20.000 habitantes y menos de 20.000 habitantes".*

4.1.1.3 El alegato de conclusión.

En sus alegatos de conclusión, la convocante hace referencia en primer lugar al marco legal y reglamentario aplicable a la asignación y cobro de frecuencias, particularmente a (i) las leyes 185 de 1995 y 335 de 1996 mediante las cuales el

Ministerio de Comunicaciones realizó el “Reordenamiento del Espectro Electromagnético”, (ii) la Resolución 1274 de 1997 mediante la cual se adoptó el Cuadro Nacional de Bandas de Frecuencias, (iii) la Resolución 094 de 1997 - Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético, (iv) el Acuerdo 021 de 1997 con el cual se adoptan los planes de utilización de frecuencias (PUF) y (v) la Resolución 429 de 1997 por la cual se fijan las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias para los Canales Nacionales de operación privada.

Así mismo, la convocante hace relación a la licitación 003 de 1997, a la propuesta y a la adjudicación del contrato de concesión.

En relación con lo que debe pagar el concesionario por concepto de frecuencias la convocante argumentó entre otras cosas que *“las condiciones requeridas para que se cause la obligación de pago por concepto de frecuencias son: adjudicación, asignación y uso de las frecuencias”*.

Manifiesta la convocante que el PUF inscribe frecuencias, pero no las asigna. Con respecto a la asignación, advierte que ésta la hace la CNTV cada vez que autoriza una estación. Frente al uso establece que *“Como no es suficiente con que una señal llegue a un área de influencia, sino que además se requiere que dicha señal llegue con unos niveles mínimos de potencia (por eso se distingue el “área de influencia” del “área de cubrimiento o servicio” de una estación); el uso se presenta entonces cuando la señal llega a un municipio o conjunto de municipios, con una potencia mínima suficiente (nivel de servicio) para que el televisor del usuario pueda amplificar la señal en audio y video, en condiciones adecuadas”*.

Argumenta la convocante que la CNTV está cobrando a los Concesionarios un mayor valor por concepto de la obligación de pago por la asignación y uso de frecuencias, dado que el cobro de la tarifa debe causarse por la utilización de frecuencias, y no por la simple asignación de éstas, como equivocadamente lo ha venido haciendo. Adicionalmente, establece que el número de frecuencias mencionadas en la Resolución 429 de 1997, no corresponde a las frecuencias realmente asignadas a cada uno de los concesionarios ni tampoco a las efectivamente utilizadas.

Como conclusiones de los alegatos, la convocante establece:

“1ª. Las condiciones requeridas para que se cause la obligación de pago por concepto de frecuencias son tres: (i) adjudicación, (ii) asignación y, (iii) uso.

Ya se determinó qué es adjudicación, qué es asignación y qué es uso.

2ª.- Como se debe cobrar es por adjudicación, asignación y uso, eso se cumple es a través de las estaciones desde donde se emite; a los municipios obligatorios se llega con las Estaciones aprobadas por la CNTV, que inicialmente eran 15 y que paulatinamente han llegado a 134.

Por consiguiente lo que hay que cobrar es por cada una de las estaciones instaladas y que la CNTV ha ido aprobando, cobro que se debe hacer en la forma y términos que se indican en el Anexo 2 de éste escrito. Inicialmente eran 15 y paulatinamente han llegado a 134.

3ª.- En subsidio, si se estima que no es por estaciones sino por municipios cubiertos, que son los 151 iniciales de más de 20.000 habitantes y actualmente 382, el cobro ha de ser en la forma y términos que se indican en el Anexo 2 de éste escrito.

4ª.- *Al llegar con 134 estaciones para cubrir los 382 municipios obligatorios, se benefician con cubrimiento muchísimos municipios con menos de 20.000 habitantes, a los cuales NO es obligatorio llegar con cubrimiento y respecto de los cuales NO hay porqué pagar por concepto de frecuencias.*

No obstante, y en subsidio de la subsidiaria anterior, si se estimare que se debe pagar por éste concepto, lo lógico sería pagar por los municipios menores de 20.000 a los cuales se llega, y que inicialmente eran 160 y que paulatinamente han llegado a ser 370 en el 2010, para un total actual de 771, en la forma y términos que se indican en el Anexo 2 de éste escrito.

5ª.- *Lo que NO tiene NINGUNA razón de ser, es que se cobre por TODOS los municipios del país, y muchos de ellos inclusive 2, 3, y hasta 4 veces, por cuenta de doble iluminación y de que en muchas ocasiones un mismo municipio tiene varias frecuencias asignadas en el PUF”.*

Por último, con respecto al tema de gastos extraordinarios, la convocante estableció lo siguiente:

“cada uno de los canales incurrió en gastos, que en 1998 fueron del orden de \$7.826’943.969 millones de pesos¹, debido a la falta de previsión de la CNTV de que por cuenta de la inscripción realizada ello iba a ocurrir; es decir, que el televidente común no iba a poder recibir la señal de los canales públicos y de los canales privados con una misma “antena”; y en cuanto ocurrió lo anterior, la CNTV no tomó ninguna providencia para solucionar, o al menos mitigar, dicha situación.

En conclusión: El Concesionario se vió obligado a incurrir en un gasto extraordinario en procura de que los usuarios de televisión pudieran recibir no solo la señal de éste, sino que con dicha antena “multibanda” pudieran recibir las señales de los demás operadores, incluidos los operadores públicos.”

4.1.2. La posición de la convocada

La posición de la convocada frente a los hechos en que fundó la demandante sus pretensiones quedó consignada en los memoriales que aquella radicó en la secretaría del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 4 de marzo de 2010 (folios 129 a 206 del Cuaderno Principal No. 1), por medio del cual dio respuesta al escrito de convocatoria. Fueron fundamentos de la defensa, en síntesis, los siguientes:

4.1.2.1. La regulación de la materia en controversia por actos administrativos.

En una primera instancia, advierte la convocada al Tribunal que ***“ninguna de las consideraciones en torno al adecuado o supuestamente cuestionable método de asignación y consecuente cobro de frecuencias que la Comisión Nacional de Televisión ejerció a través de los correspondientes actos administrativos (todos ellos, dicho sea de paso, previos a la presentación de la oferta que dio origen al contrato de concesión), es susceptible de revisión en la instancia arbitral, y que por consiguiente pese a la inclusión de dichas reflexiones y comentarios en el escrito de convocatoria, este trámite será abordado por la CNTV en cuanto corresponda al sometimiento de una disputa en torno a la interpretación o ejecución del contrato y la sujeción de éstas a la ley y los actos administrativos que rigen la materia. Así las cosas, el marco legal, (en sentido material, incluidas todas las normas que constituyen el referente normativo del método de cálculo y***

¹ Según lo informa la perito en la página 35 del dictamen.

consecuente cobro de derechos por frecuencias) será objeto de interpretación para definir el cumplimiento del contrato, pero las consideraciones del convocante en relación con el supuesto inadecuado enfoque de esas normas y los actos administrativos que la desarrollan no será objeto de discusión (...).”.

Con esta consideración previa, la convocada, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la convocante relacionadas con el denominado por ella *“indebido cobro de las tarifas por utilización de frecuencias”*, y cifra su oposición y defensa de la CNTV, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Luego de un recuento de la normativa constitucional y legal que gobierna la utilización del espectro radioeléctrico como bien público de uso público, y en particular, la porción que dentro de éste, se destina al servicio público de televisión, la convocada hace especial énfasis en los desarrollos reglamentarios y administrativos de las normas legales, en punto a la asignación de frecuencias, así:

- *“... la televisión, como servicio público, ostenta cierto nivel de autonomía, incluso en cuanto al órgano al que le corresponde su regulación, esto es la CNTV. Sin embargo, como el servicio de televisión abierta se vale para su difusión de un medio que constituye un bien público, como es el Espectro Electromagnético y dentro de él, el Espectro Radioeléctrico, es natural que haya necesidad de traer a colación la autoridad del entonces Ministerio de Comunicaciones para administrar el Espectro y atribuir a los diferentes servicios de telecomunicaciones (uno de ellos la televisión) las porciones del espectro que luego habrán de ser asignadas por la autoridad que rige el respectivo servicio; por consiguiente, a la CNTV, una vez el Ministerio “atribuye” Bandas de Frecuencias al servicio de televisión, le corresponde asignar esas Bandas de Frecuencias a los Operadores del servicio, entre ellos los concesionarios de los canales privados abiertos de cobertura nacional.”*
- Afirma la convocada que en materia de regulación del servicio de televisión, concurren *“dos autoridades con ámbitos de gestión específicos, esto es, (i) por una parte el entonces Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) atribuyó los canales o bandas de frecuencias en el segmento VHF y UHF al servicio de Televisión, a través del “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de frecuencias”, mediante el cual se realizó el “Reordenamiento del Espectro Radioeléctrico” (todo ello por virtud de la ley 182 de 1995 y la ley 335 de 1996), y (ii) por otro lado, la Comisión Nacional de Televisión, ejerció la potestad administrativa que le otorga la misma ley 182 de 1995 para entregar u otorgar (“**asignar**”) frecuencias a particulares operadores del servicio de televisión.”*
- Precisa la convocada que el servicio de televisión participa del concepto de servicios de radiocomunicación mencionados en la definición de Banda de Frecuencias de la Resolución 1274 de 1997 y del Decreto 555 de 1998.
- Diferencia la convocada las etapas que, en su criterio, deben agotarse, de conformidad con la normativa que regula la materia, para la gestión de frecuencias que hacen parte del Espectro Electromagnético, así:
 - a) La **Atribución de frecuencias**, que entiende como *“la indicación de qué servicios de radiocomunicación funcionarán por cada banda de frecuencias.”*
 - b) La **Adjudicación de una frecuencia**, que según su dicho, invocando el texto del Decreto 555/98, corresponde a la *“inscripción de un canal*

determinado en un Plan, adoptado por una conferencia (sic) Competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas.”

- c) La **Asignación de una frecuencia**, que en su criterio, citando nuevamente el Decreto 555/98, comprende *“la autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”*. Esta etapa, a juicio de la convocada, *“envuelve la expedición de un acto administrativo por medio del cual, la CNTV asigna frecuencias para los canales nacionales privados y públicos, regionales, locales, con ánimo y sin ánimo de lucro, lo cual, al momento de la apertura de la licitación se encontraba establecido por el Acuerdo 21 de 1997 (...).”* De esta manera, concluye, que *“los actos administrativos de asignación de frecuencias constituyen el ejercicio de las competencias públicas de la CNTV, que es conocido como Plan de Utilización de Frecuencias – PUF, alrededor del cual, también giran los asuntos del resorte de la CNTV en relación con la fijación y cobro de derechos, tasas y tarifas por concepto de otorgamiento y explotación de concesiones para la operación del servicio de televisión y por concepto de las Bandas de Frecuencias correspondientes a cada operador.”*

4.1.2.2. El entendimiento de la Convocada sobre la “Organización del Espectro por Municipios”.

Entiende la convocada que *“En Colombia, la CNTV organizó, desde la expedición del Acuerdo 021 de 1997, el sistema de asignación de Bandas de Frecuencias utilizando la organización político-administrativa del Estado Colombiano, esto es, por departamentos y municipios”,* lo que la lleva a concluir que *“a cada una de las poblaciones del país le corresponde una Banda de Frecuencias (canal) que consta en el denominado Registro de Asignación de Frecuencias que contiene el PUF”*.

De esta manera, asevera la convocada, que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 429 de 1997, que se incorporó al contrato de concesión, el total de frecuencias asignadas a cada uno de los canales de Operación Privada (N1-N2) en el PUF corresponde al total de municipios susceptibles de cobertura, con lo cual – concluye- *“se ratifica el hecho de que el cobro por concepto de Frecuencias, se organiza por Municipios en consonancia con la asignación, también por municipios, que de las frecuencias contiene el PUF.”*

Con fundamento en la imposibilidad que predica respecto de la competencia de la CNTV para asignar los canales o bandas de frecuencias asignadas en el PUF a RCN y CARACOL a operadores distintos, la convocada atribuye a los concesionarios la obligación de cancelar las tarifas correspondientes por los mismos. Es por ello, que a su juicio, y *“ante la imposibilidad de asignación de esos canales a otros operadores en las mismas zonas geográficas en las cuales ya se encuentran asignados a RCN y a CARACOL, se justifica que la remuneración de la Nación obedezca al número de Canales asignados a cada operador respecto de cada municipio (o más de un canal por municipio, según sea el caso).”*

Termina advirtiendo la convocada al Tribunal, que es ésta la premisa aplicable *“al momento de valorar la forma como se deberá calcular la remuneración a favor de la CNTV, y no tal como se afirma en la demanda, otra forma que se refiera al número de estaciones instaladas para prestar el servicio de radiodifusión, o al número de veces que el mismo canal es asignado en cada una de las bandas de frecuencias (VHF o UHF), o a una cuenta simple de la cantidad de veces que se repite un canal*

en una sección de aquellas en las que se encuentra dividido el territorio nacional para la prestación del servicio de televisión, todos estos criterios de cálculo ajenos por completo al PUF que constituye el acto administrativo que fija el contenido y alcance de la obligación que el Concesionario adquirió teniendo como fuente al Contrato.”

En ese orden de ideas, al referirse a la causa del pago de las frecuencias, bajo el criterio de “asignación”, es claro para la convocada que *“la mera ocupación/uso de la respectiva Banda de Frecuencia determina un pago ajeno, por decirlo de algún modo, a la concesión. Es decir, el acto administrativo de asignación implica la reserva o afectación de una porción del espectro para un interesado en quien se radica la facultad de gozar o el derecho a servirse de ese segmento del Espectro Radioeléctrico que, previamente fue atribuido por el entonces Ministerio de Comunicaciones con destino al servicio de televisión. Por ende, la sola asignación conlleva el uso por cuanto el Espectro (objeto de la asignación) queda afectado al servicio o goce del titular de la asignación de modo que nadie más puede servirse del mismo, ni siquiera el mismo Estado.”*

4.2. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES CUARTA, QUINTA Y SEXTA: PERJUICIOS Y/O MAYORES COSTOS POR LA INSTALACIÓN DE ANTENAS RECEPTORAS DE TELEVISIÓN PARA LOS TELEVIDENTES.

4.2.1. La posición de la convocante

Argumenta la convocante que no obstante haberse ajustado su propuesta a lo señalado por los Pliegos de Condiciones en relación con el manejo de las antenas receptoras de televisión, cuando los operadores iniciaron la ejecución del contrato, encontraron que en varios puntos los televidentes no recibían la señal, lo anterior dado que las antenas que tenían los televidentes para recibir la señal de los canales públicos no eran aptas para recibir la señal de los nuevos operadores privados.

Por lo anterior, los concesionarios debieron incurrir en gastos extraordinarios del orden de \$7.338.000.000 para entregarle a los televidentes las antenas multibanda, necesarias para recibir adecuadamente las frecuencias asignadas a los concesionarios en las bandas 1 y 2 y en UHF.

Con fundamento en lo anterior, la convocante solicita al Tribunal, condenar a la CNTV a pagar los gastos extraordinarios incurridos por el concesionario.

4.2.2. La posición de la convocada

Se opone expresamente la convocada a la prosperidad de la pretensión cuarta de la demanda, por cuanto considera que *“cualquier gasto en que hubiera incurrido RCN Televisión S.A. para la ejecución del Contrato de Concesión no se configura como gasto adicional, pues el Concesionario debía diseñar su plan de inversión con base en la asignación de Frecuencias que era suficientemente conocida a la fecha de presentación de su oferta.”*

4.3. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES SÉPTIMA Y OCTAVA: CONDENA A INTERESES Y COSTAS.

4.3.1. La posición de la convocante

Solicita la convocada que se condene a la CNTV a pagar intereses moratorios entre la fecha o plazo que indique el Tribunal, hasta el pago efectivo de las sumas a las que sea condenada, así como a las costas del proceso.

4.3.2. La posición de la convocada

Rechaza la convocada la solicitud de la convocante y argumenta que dado que no hay incumplimiento de la CNTV, no podrá haber condena y en consecuencia tampoco causación de intereses moratorio. En cuanto a la condena en costa manifiesta que esta debe ser para la convocante.

V. LA POSICION DEL MINISTERIO PÚBLICO

En primer lugar, el Ministerio Público en su concepto considera que el Tribunal es competente para conocer y pronunciarse sobre las controversias jurídicas planteadas en la demanda, las cuales tienen naturaleza transigible y se encuentran comprendidas en la cláusula compromisoria. En cuanto a la caducidad, observa que, dado que el Contrato de Concesión 136 de 1997 es de aquellos que requieren liquidación, y que la demanda arbitral se presentó antes de la terminación del contrato, no opera el fenómeno de la caducidad de la acción contractual.

Con respecto a la objeción por error grave presentada por la convocante contra el dictamen pericial técnico, la Agencia del Ministerio Público considera que ninguna de las observaciones presentadas en el escrito de objeción tienen la entidad para configurar el error grave de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y del H. Consejo de Estado, por lo que ésta no puede prosperar.

En cuanto a la liquidación y cobro excesivo de las tarifas por las frecuencias para la difusión de la señal de televisión, manifiesta la representante del Ministerio Público, entre otros argumentos los siguientes:

- El Acuerdo 021 de 1997, tuvo como referencia para realizar la asignación de frecuencias a los canales N1 y N2, la red de transmisión Pública de INRAVISIÓN.
- “(...) *el diseño técnico de la red inicial de transmisión de la CONVOCANTE, voluntariamente se ajustó estrictamente al PUF y tal como se demostró en el proceso, gradualmente y acorde con el desarrollo tecnológico, fue optimizando las frecuencias, al punto en que actualmente no requiere de la totalidad de ellas, respecto de las cuales tiene disponibilidad en virtud de la asignación que le fue realizada al Canal N2 y que le fueron adjudicadas en virtud del Contrato de Concesión 136 de 1997(...).*”
- El PUF y el régimen tarifario obedece a una asignación de frecuencias por unidad territorial, lo cual tiene como fundamento técnico la tridimensionalidad del espectro electromagnético. En efecto, considera la agente del Ministerio Público que:

“(...) *la asignación implica uso de la frecuencia, toda vez que el concepto de*

uso se refiere al tiempo en que un segmento del espectro electromagnético en un espacio geográfico determinado se deniega a otros operadores potenciales y la asignación constituye reserva o disponibilidad de la frecuencia con exclusividad, independientemente de que se emita o no señal de televisión a través de la misma (...)”.

(...) permitir la reserva o disponibilidad de segmentos del espectro electromagnético, denegando su uso a otros potenciales operadores, sin que ello reporte beneficio económico al patrimonio público, claramente configuraría un detrimento patrimonial para el Estado y una utilización del espectro electromagnético, abusiva y contraria a la Constitución y a la ley (...)”

- *(...) lo que le concedió el Estado al Concesionario, fue la prestación del servicio de televisión en todo el territorio nacional, de donde se infiere que la obligación de prestarlo en los municipios de más de 20.000 habitantes como resultado del mejoramiento del Plan básico de Expansión, constituye el MÍNIMO de cobertura exigido, sin que ello implique que le esté vedado o prohibido al Concesionario prestar el servicio en municipios que tuvieran una población inferior de acuerdo con el censo de referencia (...)*”.

Con respecto de los sobrecostos en que incurrió la convocante por falta de previsión de la CNTV en la asignación de frecuencias, el Ministerio Público en su concepto consideró que en primer lugar no se probó la entrega ni la cuantía de las antenas multibandas, y por otro lado, que esto hacía parte de los riesgos del negocio, los cuales debían ser asumidos por el concesionario.

Concluye entonces la Agencia del Ministerio Público que no existe fundamento legal ni fáctico para la prosperidad de las pretensiones de la demanda y por consiguiente solicita al Tribunal, denegarlas.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El Tribunal encuentra que se han observado plenamente las reglas del debido proceso y el respeto al derecho de defensa; que no se configura causal de nulidad en ninguna de las etapas o actuaciones procesales; que se cumplió íntegramente el debate probatorio en tanto se decretaron, practicaron y apreciaron las pruebas aportadas por las partes y recaudadas durante el trámite y las que de oficio decretó el Tribunal; que se reúnen todas las condiciones para proferir el Laudo que ponga fin al proceso, por cumplirse a cabalidad los presupuestos procesales de capacidad, competencia y demanda en forma.

6.1. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

6.1.1. El escrito de objeciones presentado por Caracol Televisión S.A.

El apoderado de la sociedad convocante presentó escrito de objeción por error grave del dictamen pericial técnico, sustentada, en síntesis, en que **(i)** el experto desatendió la arquitectura y planeación del PUF, pues éste fue elaborado con fundamento en las estaciones de transmisión que tenía INRAVISIÓN en 1.997 y determinando la “línea de vista” entre la estación y los municipios a cubrir, por lo que la asignación de frecuencias se hizo en relación a una estación desde donde se cubriría un área de servicio. De esta manera, la especificación de frecuencias a cada municipio no es aislada, sino que depende de la ubicación de la estación a la que se asigna la frecuencia; **(ii)** el perito erró al señalar que los proponentes/concesionarios tenían plena libertad para organizar la red de transmisión, pues en la aclaración del

pliego de condiciones se expresó que para la instalación de las estaciones se debía aplicar la recomendación RC.419-3 de la UIT, además de la obligación de respetar el PUF y de someter dicha red a la aprobación de la CNTV; **(iii)** las apreciaciones del dictamen se efectuaron con base en la definición técnica de “Factor de Utilización del Espectro”, introducida por el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias del año 2010, por lo que es inaplicable a la presente controversia al no estar incluida en el Cuadro que regía para los años 1997 y 1998; **(iv)** se desconoció la definición de “asignación” contenida en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, adoptado mediante Resolución No. 1274 de 1997, según la cual ello acontece cuando se confiere autorización para que una determinada estación utilice una frecuencia. El dictamen parte de la falsa idea de considerar que se asignaron a RCN y a Caracol todas las frecuencias listadas en el PUF, cuando en realidad el acto de asignación ocurre cuando la CNTV aprueba la red de transmisión diseñada por el concesionario; **(v)** el experto considera que al adjudicar la CNTV los Canales Nacionales N1 y N2, automáticamente los adjudicatarios utilizan todas las frecuencias detalladas para cada canal, por cuanto ningún otro operador puede darles uso, cuando en realidad, desde la presentación de la propuesta, la Comisión conocía los municipios que iban a ser cubiertos por los concesionarios, quienes seleccionaron del PUF las frecuencias que utilizarían sus estaciones de transmisión para irradiar su señal, selección que posteriormente fue aprobada por la CNTV; **(vi)** el perito asume que por tratarse de un Canal Nacional de Operación Privada, el concesionario tenía la obligación de cubrir todo el territorio nacional, cuando según el Pliego de Condiciones tal obligación recaía únicamente sobre los municipios que cuenten con más de 30.000 habitantes, condición que fue mejorada por los entonces proponentes a poblaciones con más de 20.000 habitantes –como quedó establecido en el contrato–. Adicionalmente, no es cierto que por el hecho de irradiar con su señal más municipios, el concesionario obtiene un incremento en sus ingresos, pues éstos provienen de la pauta publicitaria que es medida por IBOPE sólo en 22 ciudades; **(vii)** el perito utiliza términos y condiciones que no son aplicables para la televisión, ya que ésta tiene un régimen especial que está regulado por la Ley 182 de 1995 y la Ley 335 de 1996; **(viii)** **el experto no tiene en cuenta que en el régimen aplicable para televisión, los términos “asignación”, “utilización” y “área de servicio de la estación”, tienen sus propios significados, connotaciones y alcances, precisando además que la utilización de una frecuencia se presenta en aquel municipio o aquellos municipios determinados que están siendo cubiertos por una estación, y en donde se cumplen con los requerimientos de potencia mínima dispuestos por la propia CNTV en el PUF;** **(ix)** el perito asume que todos los cambios realizados al PUF obedecen a solicitudes realizadas por el concesionario, cuando la gran mayoría de ellos fueron realizados *motu proprio* por la CNTV.

6.1.2. La posición de la CNTV.

La CNTV adujo que los fundamentos de la objeción no se soportan ni corresponden a ninguna de las hipótesis legales que permiten concluir que el dictamen emitido por el Perito Técnico sea objetable por error grave, señalando, en síntesis que **(i)** de la solicitud presentada por el apoderado de la parte convocante no se infiere la existencia de un error grave, se trata de un desacuerdo con el contenido de las respuestas que el Perito Técnico objetivamente emitió frente al cuestionario decretado por el Tribunal. Agrega que la solicitud de objeción por error grave intentada por el apoderado de Caracol Televisión S.A. no es compatible con la definición que de “error grave” ha hecho la jurisprudencia y la doctrina; **(ii)** respecto a la presunta inobservancia de los antecedentes del PUF, expuso que los hechos que presenta el apoderado de la convocante para sustentar el error grave, corresponden a juicios o apreciaciones que no inciden en la interpretación técnica que se le pide al

experto perito con respecto a los actos administrativos expedidos para la implementación del PUF. Añade que el Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy (Acuerdo 003 de 2009 de la CNTV), por el cual se asignaron las Frecuencias correspondientes a cada uno de los Operadores del Televisión abierta (pública y privada), así como la Resolución 429 de 1997 que consagra la tarifa por cada una de las Frecuencias, constituyen actos administrativos en firme que gozan de presunción de legalidad y cuya firmeza o fuerza vinculante no es objeto de debate en la instancia arbitral; **(iii)** sobre la supuesta contradicción con el régimen normativo por supuesto uso inadecuado de términos, expresó la CNTV que de la lectura del Dictamen Pericial Técnico, y de sus respectivas complementaciones y aclaraciones, se aprecia que el perito tomó en consideración para la elaboración de estos documentos, no solo el régimen legal aplicable sobre la materia, sino todos aquellos soportes en los cuales se regularon las condiciones del servicio de televisión nacional privada que debía ser prestado por el convocante (Pliegos de Condiciones, Propuestas, Contrato de Concesión, etc.); **(iv)** en punto a la supuesta asunción equivocada del carácter “nacional” de la concesión objeto de este debate arbitral, señaló que no es cierto que el perito haya asumido de manera equívoca que el área de servicio del Contrato de Concesión suscrito entre la CNTV y Caracol Televisión S.A. corresponde a todo el territorio nacional, pues como se desprende de lo dispuesto de manera expresa en el literal b) del numeral 2 del artículo 22 de la Ley 182 de 1995, el servicio de televisión nacional de operación privada corresponde a “(...) *aquella 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*”. Agrega que dicho concepto también fue incluido en el numeral 1.3. de los Pliegos de Condiciones de la Licitación 003 de 1997, en donde se menciona que el área de cobertura del servicio de televisión que se prestaría por los adjudicatarios de la misma corresponde a “(...) *todo el territorio nacional* (...)”; **(v)** sobre la supuesta intención de confundir al Tribunal con las modificaciones del PUF a instancias de los Concesionarios, expresó la CNTV que es cierto que el Perito Técnico incluyó un listado de los cambios de frecuencias incluidos en el PUF respecto de algunos municipios, con lo cual se demostró que el PUF es un instrumento dinámico, susceptible de ser cambiado, advirtiendo que todos los cambios de frecuencias realizados en el PUF respecto de las asignadas a RCN o a Caracol, ya sea por solicitud de éstos, o por circunstancias diferentes, han sido previamente concertados con ellos.

6.1.3. El concepto del Ministerio Público.

En su concepto, la agente del Ministerio Público, después de citar jurisprudencia sobre el tema, expuso que ninguno de los reparos formulados al dictamen tiene la potencialidad de configurar error grave, por cuanto no se aprecia que el perito **(i)** haya transmutado la identidad del objeto de la prueba o **(ii)** haya excedido el ámbito de sus atribuciones. Además, se expuso en la vista fiscal que **(iii)** las declaraciones rendidas por los testigos citados para demostrar la objeción por error grave, se muestran concordantes con las conclusiones formuladas por el auxiliar de la justicia.

6.1.4. La posición del Tribunal.

En primer lugar, destaca el Tribunal que, el objetante precisó en su alegato de conclusión, al referirse a la objeción que por error grave formulara al dictamen pericial técnico, que la misma se circunscribía a los que, en su criterio, constituían “conceptos de derecho del perito”, y no se extendía su reproche a las consideraciones técnicas del experto para arribar a las conclusiones consignadas en el dictamen pericial.

Para resolver sobre la objeción por error grave formulada por la convocante al dictamen pericial técnico, el Tribunal considera:

De conformidad con el artículo 233 del C.P.C., la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que, de acuerdo con esos conocimientos especializados, sepa de los hechos –y no de cuestiones de derecho– que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal² y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliar o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil)³

Respecto de la contradicción del dictamen pericial, el C.P.C. dispone:

“Artículo 238. Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

(...)

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.” (El destacado no es del texto)

Sobre el concepto de error grave, el profesor Jairo Parra Quijano explica:

“Es aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos.

(...)

Luis Alzate Noreña define el error grave: ‘Es todo aquel que es perceptible por la razón de toda persona que proceda con criterio lógico, obedeciendo a las indicaciones de una sana crítica dirigida por un razonamiento sensato’ [...].

Nos parece que lo dicho al inicio ilustra mejor el concepto; efectivamente es el que se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él, otro sería, como se dijo, el resultado del dictamen.”⁴

En relación con la configuración del error grave en los experticios, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que:

“Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 1997-05195-02 (37269).

⁴ JAIRO PARRA QUIJANO, Manual de Derecho Probatorio, 15a Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., págs. 637 y 638.

aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.”⁵

Y en el mismo sentido, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*“(…) si se objeta un dictamen por error grave, **los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...**” pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, **“...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”**⁶*

Hechas las anteriores precisiones y analizadas frente a los argumentos expuestos por la parte convocante en la objeción al dictamen pericial, el Tribunal advierte que son infundadas las objeciones por error grave propuestas por el apoderado de la sociedad convocante, por las razones que pasan a exponerse.

Debe tenerse en cuenta que el dictamen pericial fue decretado por el Tribunal atendiendo a la naturaleza técnica de los asuntos sometidos a su conocimiento, siendo éste el presupuesto esencial para la procedencia del mencionado medio de prueba. En efecto, el artículo 233 del C.P.C. señala que *“(l)a peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*.

Así las cosas, es claro que el dictamen pericial fue establecido para verificar hechos de interés para el proceso, resultando vedado al perito realizar consideraciones e interpretaciones de orden jurídico que de manera exclusiva corresponden al Tribunal y que en caso de efectuarse por el auxiliar de la justicia, resultarían inocuas pues mal podría el Tribunal conferirles algún valor probatorio. Es desde la anterior óptica, desde la cual debe valorarse la prueba pericial y deben considerarse las objeciones formuladas a la misma.

Dicho lo anterior, las apreciaciones de orden jurídico realizadas por el perito, no pueden ser fundamento para objetar por error grave el dictamen pericial —que por definición debe ser técnico, científico o artístico—, sino en tanto dichas apreciaciones tengan la entidad suficiente para cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o cuando ello implique tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, requisitos éstos, señalados por la jurisprudencia nacional como necesarios para declarar fundadas las objeciones por error grave.

En la misma línea de argumentación, se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“Ahora bien, tampoco puede olvidarse, en línea con lo expuesto en precedencia en torno al objeto de la peritación, que los aspectos estrictamente jurídicos, por mandato legal, se encuentran sustraídos del contenido de la pericia y han sido

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de noviembre de 2009, exp. AP 2004-2049.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

reservados a la decisión del juzgador, de manera tal que devienen inocuas e inanes las eventuales opiniones —de los peritos o, en contradicción con ellos, de las partes— sobre puntos de derecho y fútiles las objeciones de “puro derecho” en torno del alcance o sentido del Derecho aplicable⁷. En efecto, el dictamen pericial, con las restantes pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, es un instrumento idóneo para el entendimiento de las materias artísticas, técnicas, científicas y especializadas comprendidas en la cuestión controvertida, sin que puedan tornarse en una decisión jurídica, pues “la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. tomo, LXVII, pág. 161)”⁸.

Por las anteriores razones, el Tribunal desestimaré las objeciones orientadas a debatir aspectos estrictamente jurídicos declarándolo así en la parte resolutive de este laudo, circunstancia que de manera evidente ocurre con los reparos contenidos en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del escrito de objeciones. Máxime que, como antes precisó el Tribunal, la objetante, precisó en su alegato de conclusión que circunscribía la objeción formulada al dictamen a los conceptos jurídicos o de derecho que, en su criterio, el experto había consignado en su dictamen.

En torno a los reparos efectuados frente a la utilización del concepto de Factor de Utilización del Espectro –punto 3º del escrito de objeciones–, debe decirse que es cierto que si bien el perito hizo referencia al mencionado concepto contenido en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias del año 2010 en su dictamen inicial, precisó que el mismo no estaba consagrado en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia vigente para la fecha de apertura de la licitación ni de la celebración del contrato, en su escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen.

La objeción en este punto se hace consistir en que, las apreciaciones del dictamen se efectuaron con base en la definición técnica de “Factor de Utilización del Espectro”, introducida por el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias del año 2010, por lo que es inaplicable a la presente controversia al no estar incluida en el Cuadro que regía para los años 1997 y 1998. Sin embargo, encuentra el Tribunal que en la objeción, además de tratarse de un punto de derecho, no se precisan cuales son las apreciaciones o conclusiones del dictamen que resultan como consecuencia necesaria de la aplicación de tal concepto, sin que pueda entenderse que la censura recae sobre todas las apreciaciones o conclusiones del dictamen.

Así las cosas, es oportuno recordar que los dictámenes periciales pueden contener desaciertos, pero que no todos ellos son de tal naturaleza que permitan predicar la existencia de un error grave:

“A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.”⁹

Afirma en el punto 4º del escrito de objeciones que el perito aplica los conceptos de “Atribución”, “Adjudicación”, y “Asignación”, en unos sentidos que contradicen las definiciones legales técnicas aplicables a éste asunto, de lo cual se tiene que, la

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2.007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 250002326000199901954 01; Expediente No. 25.177.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 1996-08007(18014).

objección en este punto, versa nuevamente sobre puntos de derecho y además sobre las conclusiones del perito en tanto se afirma por la parte convocante que: *“El error se presenta en el momento en que el perito indica que se asignaron a RCN todas las frecuencias que aparecen listadas en el PUF para N1 y a Caracol todas aquellas frecuencias que aparecen listadas para N2, cuando la definición técnica indica que la “asignación” se produce en el momento en que se autoriza a una estación para utilizar una frecuencia. El perito por desconocer el significado técnico del concepto “ASIGNACION”, le confiere a este un significado y alcance diferente al que le corresponde a dicho concepto técnico legal”.*

Tampoco se reúnen las condiciones para que proceda la objeción por error grave en torno a lo planteado en el punto 5º. del escrito de objeciones, pues en concepto del Tribunal, la censura recae sobre las conclusiones del perito cuando se afirma que el error grave consiste en que *“el perito asume que RCN utiliza todas las frecuencias listadas en el PUF como N1, y que Caracol utiliza todas aquellas listadas en el PUF como N2, desconociendo que desde la propuesta ambos operadores indicaron los municipios que proyectaba cubrir y la forma en que sucedería dicho cubrimiento; y además, que la CNTV ha autorizado cada una de las estaciones que ha instalado el concesionario, en donde se especifica el área de servicio o el cubrimiento del o los municipios a los cuales llega”.*

De igual forma, respecto a la objeción por error grave que se expone en el punto 6º del escrito en comento, debe decirse que se trata de un punto de derecho en tanto está dirigido a cuestionar las apreciaciones del perito en torno al alcance de la obligación de cobertura que corresponde al concesionario. La determinación de la existencia de la obligación de cubrir municipios con menos de 20.000 habitantes y si según el contrato y las normas vigentes su cubrimiento da lugar o no al pago por el uso de frecuencias, es un asunto de competencia exclusiva del Tribunal que será desarrollado en este pronunciamiento.

Respecto a las consideraciones realizadas en el punto 1º del escrito de objeción, debe decirse que para el Tribunal, el Plan de Utilización de Frecuencias –PUF– adoptado a través del Acuerdo 021 de 1997, es un acto administrativo cuyo examen de legalidad escapa del ámbito de competencia del Tribunal, no existe duda de su fuerza ejecutoria y tampoco de su carácter vinculante en la relación jurídica contractual establecida entre las partes. De esta manera, no comparte el Tribunal la afirmación de la parte convocante según la cual *“(…) al no tener en cuenta la arquitectura y planeación que se utilizó para realizar el PUF, desnaturaliza el objeto y alcance de éste, lo cual conduce a que el perito realice unas conclusiones que se apartan de la realidad de dicho ‘Plan de Utilización de Frecuencias’, y por consiguiente de la forma y metodología en que debe ser aplicado”.* Cualquier elaboración del perito sobre el contenido del PUF y su ajuste a derecho, así como la interpretación jurídica del contenido de este acto administrativo, implicaría un concepto de derecho cuya emisión le está vedada al experto.

En relación con lo señalado en el punto 2º del escrito de objeción, encuentra el Tribunal que ni en el dictamen, ni en sus posteriores aclaraciones y complementaciones, el perito expuso que los proponentes/concesionarios se encontraban facultados para diseñar la red de transmisión sin ninguna limitación. Ahora bien, al responder la pregunta 32 formulada por la parte convocante en la solicitud de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, el perito señaló:

“El diseño de la Red de los Concesionarios Nacionales Privados podría en principio haberse hecho sin tener en cuenta la ubicación de las estaciones de Inravisión. Lo que sucede es que para el diseño de la red un elemento básico es el de la topografía sobre la cual se va a construir la red, la localización de las

áreas de concentración de demanda del servicio, en este caso la concentración de población, y con base en esta información y con las especificaciones que se deben cumplir (control de interferencia, niveles mínimos y máximos de señal, etc.), realizar la planeación.”

Si bien es cierto, le asiste razón al apoderado de la parte convocante cuando sostiene que el concesionario no contaba con plena libertad para el diseño de la red de transmisión, pues como se vio, tal decisión se condicionaba al cumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos por la convocada, no es cierto que el perito haya señalado en su dictamen, ni en su aclaración y complementación que los concesionarios hayan gozado de tal libertad, pues en ninguno de sus apartes se lee afirmación en ese sentido. Vale precisar que, aún en caso de que así se afirmara, ello no determinaría las conclusiones del perito en relación al objeto de la prueba de forma tal que estas contrariaren de forma esencial, fundamental o determinante la realidad, presupuesto necesario para declarar fundada la objeción estudiada, siendo claro para el Tribunal que una de las obligaciones de la CNTV, derivadas del contrato de concesión –Cláusula 16.4– era la de “Aprobar el Plan de Diseño Técnico de Instalación”.

Por las razones expuestas, el Tribunal desestimaré y declarará no probada la objeción al dictamen pericial técnico y así lo consignaré en la parte resolutive de este Laudo.

6.2. INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA.

Encuentra el Tribunal del enunciado de las pretensiones formuladas por la convocante que ninguna requiere de este Tribunal una declaración de incumplimiento del contrato. Por el contrario, de los hechos narrados en el libelo, así como de las alegaciones finales de la convocante, deduce el Tribunal que su reproche se centra en la indebida aplicación que, en su criterio, hace la CNTV de la normativa superior – legal y reglamentaria- que gobierna la prestación del servicio público de Televisión que constituye el objeto del contrato de concesión No. 136 de 1997.

De igual manera, la convocante precisa, tanto en la contestación de la demanda que dio inicio a este proceso, como en sus alegatos finales, que el eje de la controversia sometida al conocimiento de este Tribunal, se encuentra referido al entendimiento de las partes sobre el contenido y alcances de los actos administrativos que rigen el contrato, y, por lo mismo, debe desatarse la diferencia inter-partes con la interpretación judicial de la regulación del servicio de televisión, sin que la labor judicial enerve su validez y eficacia.

En este punto entra el Tribunal, de conformidad con sus facultades legales, a interpretar la demanda, a fin de precisar los alcances de los requerimientos formulados por las partes para desatar la controversia que los tiene enfrentados, toda vez que si bien ninguno de ellos apunta a obtener una declaración de incumplimiento o calificación de una conducta contractual, las peticiones propuestas por la convocante, requieren necesariamente del análisis del Tribunal sobre la observancia por las partes de los deberes que le imponen la ley y el contrato, en cuanto a la facultad de una de ellas de realizar el cobro de las tarifas correspondientes a las frecuencias asignadas al concesionario para la prestación del servicio objeto del contrato No. 136 de 1997, y la obligación de la otra de concurrir a su pago.

La jurisprudencia y la doctrina han sostenido invariablemente la posibilidad de interpretar la demanda. Al respecto escribió el profesor Hernando Morales:

“El anterior principio no obsta para que se admita la interpretación de la demanda, ya que la misma corporación expresa: “Es el estudio del derecho impetrado dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales, lo que debe guiar al juzgador; y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo, el más simple error de detalle en una demanda prevalecería sobre un hecho demostrado en el juicio. Una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa y expresa, ya por una interpretación lógica basada en el conjunto de toda la demanda”. (G. J. XLIV).

“Pero también debe tenerse presente que es muy posible que el demandante haya establecido en su demanda fundamentos de derecho errados, o que haya citado en apoyo de sus pretensiones preceptos legales que no las consagran con la debida claridad o que no son los que directa o señaladamente la consagran. También puede aceptarse que las razones o causas jurídicas fundamentales de la pretensión no se hayan aducido por el demandante; pero tales errores de apreciación no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la pretensión aducida y tiene en estos casos el juzgador atribución suficiente para conocerla y consagrarla, siempre que halle en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento. (G. J. N° 1948, página 262).” Y concluye el mismo autor: “Lo que no quiere decir que el error en la calificación jurídica del acto o contrato impida al juez resolver el litigio con aplicación de las normas que corresponden conforme a la verdadera tipificación de aquéllos, precisamente mediante la interpretación de la demanda y la aplicación del principio iura novit curia”. (“Curso de Derecho Procesal Civil”, sexta edición, editorial A B C, Bogotá, 1973, páginas 321 y 322).

No podría este Tribunal entrar a fallar las pretensiones sometidas a su conocimiento, sin antes analizar si es o no **“debido”** en los términos de la ley y el contrato, el pago realizado a la CNTV por CARACOL TELEVISIÓN por concepto de la asignación y uso de las frecuencias requeridas para el cumplimiento del contrato de concesión, sin primero establecer si la CNTV realiza el cobro igualmente en **“debida forma”**, de acuerdo a los parámetros y directrices dispuestos a este efecto, por la ley, el reglamento y el contrato mismo, estudio que adelantará el Tribunal sin que ello implique que a tal efecto, deba hacer declaraciones o adoptar decisiones no solicitadas por el demandante.

En esta tarea, encuentra concordancia el Tribunal con la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ en relación con los poderes del juez para interpretar la demanda con el fin de no sacrificar el derecho al formalismo:

“Debe interpretarse el sentido de la demanda para no sacrificar el derecho al formalismo extremo. 1. No siempre la demanda que es la pieza fundamental del proceso, viene revestida de la suficiente claridad y precisión. Con todo, cuando adolece de cierta vaguedad en la relación de los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión o pretensiones contenidas en el libelo, en procura

¹⁰ CSJ. Sentencia del 20 de agosto de 1981, M.P.: Dr. ALBERTO OSPINA BOTERO).

de no sacrificar el derecho, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, que la torpe expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado, “cuando éste alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de ideas del demandante”¹¹”

*“2. El texto de la demanda con que se inicie el proceso, si bien debe ajustarse a determinados requisitos de forma (CPC, arts. 75 y 76), y se debe estructurar de tal manera que haya **precisión y claridad** en lo que se pretende, no puede mirarse y examinarse con un criterio inflexible o con desmedido rigor como para que le impida al sentenciador buscar y obtener su verdadera naturaleza e intención jurídica.*

“3. El criterio de interpretar la demanda en forma razonada y lógica, no ha impedido decidir, por ejemplo la pretensión de simulación de un negocio jurídico cuando se comete por el libelista la impropiedad de calificarlo de nulo. Precisamente ha sostenido la corporación que “la equivocada calificación que a la especie se dé en las súplicas de la demanda no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, pues que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se discute: iura novit curia (Cas. Civil, agosto 9/45, CXIII, 142).”

La controversia que ha sido sometida al conocimiento de este Tribunal gira en torno al entendimiento que cada una de las partes tiene respecto del contenido normativo del contrato de concesión y de los alcances de los preceptos legislativos y reglamentarios que han regulado los aspectos del servicio público de televisión que constituye su objeto, relacionados con las cargas económicas que surgen a favor de la Comisión Nacional de Televisión por la concesión misma del servicio, o habilitación del concesionario para su prestación, de una parte, y de otra **la causa del pago del uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico** que resulte indispensable para la prestación del servicio.

Advierte el Tribunal en este punto, que su labor, al tenor de lo dispuesto en los artículos 26 a 32 del Código Civil¹² y 4 y 5¹³ del Código de Procedimiento Civil, se limitará a interpretar el contenido de las disposiciones legales y reglamentarias¹⁴ —de orden general y particular— que regulan la prestación del servicio público de televisión

¹¹ (Casación Civil de octubre 12/38, XLVIII,483).

¹² Código Civil:

Artículo 26: “Los jueces y los funcionarios públicos en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes, deben servir para la interpretación por vía de doctrina.”

Artículo 27: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

Artículo 28: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

Artículo 29: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.”

Artículo 30: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”

Artículo 31: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.”

Artículo 32: “En los casos en que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación anteriores se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

¹³ Código de Procedimiento Civil:

Art. 4: “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.”

Art. 5: Cualquier vacío en las disposiciones del presente código, se llenará con las normas que regulen los casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal.”

¹⁴ De orden general y particular.

—objeto del contrato de concesión No. 136 de 1997—, así como aquellas relacionadas con la fijación de las contraprestaciones (tarifas) a cargo de los adjudicatarios o licenciatarios de espectro radioeléctrico, como potestad privativa del Estado administrador y regulador de la adjudicación y uso de este bien público.

De igual forma, a los efectos de precisar los alcances de las estipulaciones contractuales, acudirá el Tribunal a las disposiciones que en materia de hermenéutica contractual se contienen en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil¹⁵.

Ahora bien, es claro para el Tribunal que ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda apunta a obtener un pronunciamiento sobre la validez o vigencia de los actos administrativos contentivos de la regulación del servicio público de televisión; tampoco se encamina o pretende el “*petitum*” cuestionar o desmentir el contenido de la normativa que constituyó la fuente de la contratación que se estudia, y mucho menos la nulidad de actuaciones desplegadas o manifiestas de la administración concedente o de ente regulador alguno. La controversia de las partes gira precisamente en torno a la interpretación que del marco normativo del servicio público de televisión y de las estipulaciones contractuales realiza cada una de ellas, de modo diverso y distinto, en punto a **la causación del cobro de las frecuencias asignadas al servicio público de televisión**, cuya prestación constituye el objeto mismo del contrato de concesión No. 136 del 22 de diciembre de 1997.

Por ello, en esta instancia, el Tribunal confirma y reafirma su competencia para decidir de fondo sobre las pretensiones que le han sido formuladas, en los términos expresos en la providencia del 5 de mayo de 2010 (Acta No. 5), mediante la cual se declaró competente para conocer de la controversia que dio origen al inicio de este proceso.

Desde ya advierte este Tribunal de Justicia que en el análisis que realizará sobre la procedencia de las pretensiones formuladas por la convocante, o en la interpretación que realice del contrato en los términos antes expuestos, no accederá a la aplicación de mecanismos o instrumentos no previstos por las partes al celebrar el contrato de concesión No. 136 de 1997 o que resulten ajenos a la naturaleza del mismo y extraños a los pactos que en materia de cobro y pago de las tarifas por concepto de asignación y uso de frecuencias en él se contienen. El estudio que adelante el Tribunal para proferir la sentencia que ponga fin al proceso, no puede realizarse bajo el criterio de modificar el contrato, o las modalidades de pagos allí pactadas, y mucho menos sobre el supuesto de considerar el reconocimiento de perjuicios y costos hipotéticos, presumidos o estimados que no encuentran la prueba de su realización en el expediente. Es por ello que el Tribunal desde ya manifiesta que no atenderá, salvo que encuentren acreditación en la prueba arrimada al expediente como materia de regulación normativa o de pacto contractual, los criterios esbozados por la convocante en la demanda, sobre el modo como ella considera deben darse las

¹⁵ Código Civil:

Artículo 1618: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

Artículo 1619: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado.”

Artículo 1620: “El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

Artículo 1621: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

Artículo 1622: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

Artículo 1623: “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.”

Artículo 1624: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

interpretaciones posibles de las normas que gobiernan el contrato, respecto del cobro que realiza la CNTV por concepto de las frecuencias asignadas y utilizadas por el concesionario en la prestación del servicio de televisión objeto del contrato de concesión No. 136/97.

De igual forma, precisa el Tribunal que en este proceso arbitral no se cuestiona la legalidad o las omisiones que pudieron viciar de nulidad los actos administrativos contentivos de la regulación proferida por la CNTV sobre asignación y uso de frecuencias para la prestación del servicio de televisión que sirvieron de fundamento a la confección y se integraron a los pliegos de condiciones que gobernaron la licitación pública No. 003 de 1997 que antecedió la celebración del contrato de concesión No. 136 de 1997, razón por la cual, este Tribunal, amén de las razones legales y jurisprudenciales que inhiben su competencia para el análisis y pronunciamientos sobre la legalidad de actos administrativos, deberá atenerse a la presunción de su ajuste a derecho, en los términos de la ley administrativa¹⁶, y, por lo mismo, ningún pronunciamiento hará el Tribunal en este Laudo, en relación con la legalidad de dichos actos administrativos ni de los mencionados pliegos de condiciones. Adicionalmente, el convocante no formuló pretensión alguna a este respecto, limitándose a atribuir a la Comisión Nacional de televisión, omisiones o yerros en la aplicación de la normativa que regula la materia de esta controversia.

Por esta razón, entra el Tribunal a resolver el conflicto inter-partes, con apoyo en la ley que lo habilita a interpretar el contrato y su contenido, con fundamento en las normas que le sirvieron de causa, en atención a la naturaleza pública del convenio.

De esta manera, considera pertinente el Tribunal, antes de acometer el estudio de las pretensiones de la demanda, ubicar el Contrato de Concesión No. 136 de 1997 en el régimen jurídico definido por la Ley en atención a su objeto. Con este propósito, en primer término, el Tribunal realizará el análisis de las competencias legislativas y administrativas en la reglamentación del servicio público de televisión, y dentro de ellas, establecerá el contenido que el Constituyente, La ley y el reglamento definieron para el contrato que dio origen a este proceso, con el fin de precisar el escenario normativo en el que han de tomarse las definiciones que resolverán las pretensiones de la convocante.

6.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Con antelación a la expedición de la Carta Política de 1991, la Ley 72 de 1989 reformuló el marco jurídico de las telecomunicaciones en el derecho positivo colombiano. De esta manera, y siempre bajo la premisa de un servicio monopólico a cargo del Estado, formuló los principios esenciales a los que habría de someterse la prestación de de los servicios de esta naturaleza.

Consideró entonces el legislador servicios públicos de telecomunicaciones, *“toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos”*¹⁷. En el mismo sentido, la ley 72 de 1989 calificó los canales radioeléctricos utilizados para la prestación de los servicios de telecomunicaciones como de propiedad pública, instituyendo, de esta forma al Estado como único titular de la misma. De esta manera, definió el legislador el instituto de la concesión como única vía de acceso a la prestación de estos servicios por los particulares (licencia o permiso y contrato).

¹⁶ C.C.A, artículos 62 y 64.

¹⁷ Artículo 2.

En cumplimiento y desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 72/89, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Extraordinario 1900 de 1990, “*Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines*”, reiterando la propiedad estatal del espectro electromagnético, así como su condición de bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, en cuya virtud, pertenecía también al Estado, de manera privativa y excluyente, su gestión, administración y control.

La Constitución Política de 1991 –artículo 75-, definió el espectro electromagnético como “*un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado*”, y en tanto tal, el mismo Constituyente instituyó, como un derecho de todos, “*la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley*”, garantía cuya guarda atribuyó al Estado.

En este punto, y a título ilustrativo de los efectos legales de la calificación constitucional del espectro electromagnético y su utilización, el Tribunal hace suya la doctrina consignada en el Laudo proferido el 16 de junio de 2005 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Telecolombia S.A. y La Comisión Nacional de Televisión:

*“La ubicación constitucional del espectro electromagnético en la categoría de **“bien público de uso público”** sujeto a la regulación y control del Estado, mantiene el principio monopólico de la gestión estatal de los canales radioeléctricos utilizados en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, establecido en el país desde 1954¹⁸. El tratamiento constitucional conserva la destinación del espectro electromagnético –y de los canales radioeléctricos que lo conforman- a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en sus diversas modalidades.*

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, al estudiar la constitucionalidad del Decreto Ley 1900 de 1990, fue explícita al precisar, en punto a la relación existente entre el espectro electromagnético y los servicios públicos de telecomunicaciones, que aquél “se encuentra físicamente vinculado al espacio del Estado por lo cual éste tiene el derecho de definir legislativamente su utilización en beneficio de la sociedad”, razón por la cual, “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 colombiano¹⁹.”

“Y es así cómo, antes de la expedición de la Carta que hoy nos rige, sin ubicar el espectro electromagnético dentro de una categoría jurídica específica, el legislador concibió la utilización de este elemento y de las frecuencias radioeléctricas que lo conforman, referido a la prestación de los servicios públicos de comunicaciones. De esta forma, era evidente para la legislación que la destinación jurídica de su uso eran las telecomunicaciones, en su

¹⁸ D.E. 3418 de 1954: “Todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el futuro, en el ramo de las telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado.” Esta norma fue reproducida casi literalmente por el legislador de 1989 y reiterada en el Decreto 1900/91.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia No. 53 del 25 de abril de 1991. M.P. Dr. PABLO J. CÁCERES CORRALES.

acepción de servicio público o para cubrir las necesidades de reserva estatal o privadas de telecomunicaciones, y en uno y otro caso siempre se requeriría de la concesión del Estado, esto es del permiso de utilización de ese bien para satisfacer las necesidades públicas o particulares de telecomunicaciones.

A los efectos de dilucidar la cuestión propuesta a la luz de los nuevos preceptos constitucionales que regulan la materia, acude el Tribunal a la doctrina de la Corte Constitucional que en sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, dejó establecido:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 72 de 1989, se entiende por telecomunicaciones ´toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos.

“Las telecomunicaciones desde tiempo atrás han sido catalogadas por el legislador colombiano como un servicio público (Leyes 198/36, 83/45, decretos 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 4 del Decreto demandado [1900 de 1990], se lee:

*“Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas del orden 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 la facultad a la ley 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 consonancia con el numeral 23 del artículo 10 de la Ley Suprema que ordena al Congreso expedir las leyes que regirán ´la prestación de los servicios públicos´.”

Es claro entonces para el Tribunal, que de vieja data el legislador previó como mecanismo idóneo para permitir a los particulares el acceso a la prestación de los servicios de telecomunicaciones, **el instituto de la concesión**, en su acepción contractual o de autorización, habida cuenta del carácter monopólico de su prestación. De esta manera, ninguna otra alternativa u opción dejó la ley a la administración responsable del servicio, para su prestación indirecta.

Por su parte, la doctrina constitucional²⁰, ha precisado los alcances materiales y jurídicos de la prestación del servicio público de televisión, en los siguientes términos:

*“(...) 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 éste 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***²¹.

“(...).

*“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.

6.4. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELEVISIÓN Y LA UBICACIÓN DEL CONTRATO No. 136 DE 1997 EN LOS DISTINTOS TIPOS ESTABLECIDOS EN LA LEY Y LAS CONSECUENCIAS DE SU UBICACIÓN.

El artículo 1 de la Ley 14 del 29 de enero de 1991²², definió el servicio público de televisión como *“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 podrá contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente ley.”*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-711 de 1996.

²¹ Esta es la tesis de los denominadas "publicistas" franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze.

²² Por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial.

Y el artículo 9 de la Ley 14/91,²³ precisó las actividades autorizadas a INRAVISIÓN, en desarrollo de su objeto legal²⁴.

Por tratarse de un servicio público legalmente reservado a la gestión estatal, su prestación a cargo de los particulares a través del instituto concesional debía someterse de manera general y **“en lo pertinente a las disposiciones de la contratación administrativa”**, y en forma especial, el régimen de la concesión sería el señalado en la Ley 14 de 1991.

En 1995, en cumplimiento del ordenamiento constitucional recién establecido, el Congreso de la República expidió la Ley 182 de 1995, *“Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y de dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.”*

A los efectos de ubicar el contrato de concesión No. 136 de 1997 en el régimen jurídico que gobierna su contenido y ejecución, atendiendo la naturaleza del servicio que constituye su objeto, destaca el Tribunal las consideraciones fundamentales del legislador para la expedición de la denominada *“Ley de Televisión”*, que interesan en la solución de esta controversia. En la exposición de motivos de la Ley 182 de 1995, se consignó:

“1. Televisión: un servicio público a cargo del Estado.

“Una de las definiciones fundamentales del Proyecto tiene que ver con la calificación de servicio público que se hace del servicio de televisión (artículo 1º).

“Tal postura, amén de reiterar la titularidad que siempre ha tenido el Estado respecto de dicho servicio (artículo 1º de la Ley 14 de 1991), hoy incuestionablemente permitida por la Constitución (artículo 365 C.P., inciso segundo in fine), apareja no sólo competencias estatales para mantener, regular, controlar y vigilar el servicio (artículo 365, inciso segundo C.P.), sino como lo ha advertido recientemente la Corte Constitucional, una restricción a la libertad económica (Sentencia C-407/94) y, en concreto, una restricción a la libertad de operar medios masivos de televisión, pues los servicios públicos están sometidos al régimen que fije la ley (artículo 365 C.P.).

“Lo dicho anteriormente no riñe con la prescripción del artículo 20 de la Carta (que pareciera instituir a favor de cualquier persona natural o jurídica el derecho de operar el servicio de televisión sin ninguna limitación), en vista de que ha sido la propia Corte Constitucional la que ha enseñado que “la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar”, y que por ello, “El ejercicio de los derechos fundamentales de informar y fundar medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético no es libre. Por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter de bien público que ostenta el espectro electromagnético, y, además, con el objeto de

²³ Ley 14/91, art. 8: “Objeto general de Inravisión: Corresponde al Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas que el Gobierno Nacional adopte sobre el servicio de televisión y operar la radiodifusión oficial.”

²⁴ (i) Prestar en nombre del Estado el servicio de televisión y radiodifusión oficial, sin perjuicio del que por ley o contrato corresponda prestarlo a otras entidades o personas. (lit. a.); (ii) Prestar directamente o contratar el servicio de transmisión de señales de televisión en las diferentes modalidades tecnológicas destinadas a ser recibidas por el público; (iii) Utilizar directamente los espacios de televisión, darlos en concesión a particulares para que los utilicen o asociarse con éstos y utilizarlos conjuntamente, para transmitir programas informativos, recreativos y didácticos; (iv) Las concesiones y asociaciones con particulares se harán en los términos que determine la presente ley y las normas concordantes. En todo caso, Inravisión se reserva el control de la utilización de dichos espacios por los particulares.

preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos". (Sentencia T-081/93).

"Desde luego, en razón de que la propia Constitución autoriza al Estado a prestar, de modo directo o indirecto, el servicio público que se ha reservado o que ha declarado como tal (artículo 365, inciso segundo C.P.), el proyecto permite que los particulares, ora como operadores zonales, ora como concesionarios de espacios de INRAVISIÓN, o como contratistas de televisión regional, o en calidad de comunidades organizadas, puedan prestar el servicio junto con AUDIOVISUALES (que explotará y producirá programación para la cadena Tres) e INRAVISIÓN (que quedará convertida en operadora del servicio), bajo la vigilancia, regulación y control de la Comisión Nacional de Televisión.

"(...).

"5. El espectro electromagnético. (...).

"La Ley 72 de 1989, los Decretos 1900 y 1901 de 1990 y más recientemente la Ley 142 de 1994, han asignado al Ministerio de Comunicaciones todo lo concerniente al manejo del espectro electromagnético. Sin embargo, con lo dispuesto en el artículo 76 de la Carta, las cosas han variado un tanto sobre este tema, particularmente en materia de televisión. Así lo ha advertido la Corte Constitucional al enseñar no sólo que "La gestión del Estado en materia del uso del espectro electromagnético (C.P. artículo 75) se estructura mediante la dirección y control que éste ejerce sobre los servicios de televisión (C.P. artículo 75)", sino que "las competencias del Ministerio de Comunicaciones, atribuidas de tiempo atrás por la ley, particularmente en relación con el control de la utilización del espectro electromagnético, (...) permanecen vigentes hasta tanto no sea creado el nuevo organismo contemplado en la Constitución (Sentencia T-081/93).

"(...).

"6. La operación y explotación del servicio.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución sobre la materia, en el Proyecto el Gobierno reitera la libertad en la operación y explotación del servicio, en la expresión y difusión de los contenidos de la programación (artículo 25), el derecho de rectificación (artículo 26), así como lo dispuesto en las Leyes 137 de 1994, 4ª de 1972 y 130 de 1994 sobre la participación del Gobierno y los partidos en el servicio de televisión.

"(...).

"... la manera de acceder al servicio por tales operadores, es a través de contratos precedidos de licitación pública, efectuada de conformidad con la Ley 80 de 1993. El Proyecto, sin embargo, introduce algunas normas específicas sobre el particular, a saber: Inscripción previa en el Registro Público de Operadores; y capacidad técnica y económica; número de horas de programación ofrecida; producción regional; capacidad de servir áreas no cubiertas, como criterios de adjudicación, entre otros (artículo 42).

"No sobra advertir que el procedimiento de licitación pública se aplica también a los interesados en prestar el servicio de televisión por cable y a los concesionarios de espacios de televisión. En el caso de los otros prestatarios del nivel local, el acceso a la concesión es a través de licencias (artículo 41), precedidas, en caso de concurrencia, del procedimiento de selección objetiva establecido en la Ley 80 para la contratación directa. (...).

"9. La Comisión Nacional de Televisión.

"Fue inequívoca la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente de estructurar un organismo ajeno al Gobierno que se encargara de manejar y regular el servicio de televisión. Así quedó plasmado en los artículos 76 y 77 de la Carta. Fue inequívoca también si voluntad de estructurar a nivel de Estado, órganos autónomos e independientes, distintos de las ramas

tradicionales del poder público (artículo 113). Uno de ellos es el organismo o entidad de derecho público a que aluden los referidos artículos 76 y 77. En el Proyecto se le denomina "COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN" (artículo 3).

"A tal Comisión se le otorga todo lo que tenga que ver con el servicio público de televisión. Desde el desarrollo de los planes y programas y formulación de la política sobre el servicio, hasta su regulación, vigilancia y control, así como la gestión del espectro electromagnético inherente a la televisión (artículo 4). (...).

"Para todo lo anterior, el Gobierno propone sacar todas las consecuencias de la autonomía de la Comisión, que implica en el caso concreto, (...), que aquella "no forma parte de las ramas legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, fiscalizadora o electoral del poder público, sino que debe ser un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento u organización especiales, propia, diferente del común aplicable a las demás entidades públicas y privadas" (Sentencia C-021 de 1994).

"En consecuencia propone una Comisión que además investigue, sancione, fije tasas, formule planes, promueva estudios sobre la televisión, y, en general, cumpla todas las funciones que le correspondan como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión (artículo 6). (...)."

De esta manera, es claro para el Tribunal, a partir de la intención legislativa, expresa en la exposición de motivos de la ley 182 de 1995, que fue la misma ley la que tipificó diversos tipos concesionales para la prestación del servicio de televisión, atribuyendo a cada uno de ellos, consecuencias distintas, según su objeto: operación, televisión por cable, espacios de televisión y prestación a nivel local²⁵ mediante la concesión – permiso, conocida más comúnmente como "licencias". En cuanto al instrumento contractual y su régimen, fue explícito el legislador al referir a la concesión, como modalidad particular, regulada por la ley especial, remitiendo en todo caso al estatuto de la contratación pública en relación con los mecanismos de selección del contratista.

En efecto, la Ley 182 de enero 20 de 1.995²⁶, contiene el marco normativo general respecto del servicio público de televisión, definido en su artículo 1º de la siguiente manera:

"ARTICULO 1o. Naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión. La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política."

La entidad estatal a la que le compete otorgar en concesión a los particulares la prestación del servicio público de televisión, es la Comisión Nacional de Televisión, según lo dispone el artículo 23 de la precitada norma:

²⁵ "El nivel local es el satisfecho en un municipio o distrito por los actuales concesionarios del servicio de televisión por suscripción o cable. Igualmente prestan también este servicio con fines sociales y comunitarios sin posibilidad alguna de comercialización, las universidades, las organizaciones no gubernamentales y las comunidades organizadas (32 #4). (...)." Exposición de Motivos, Ley 182 de 1995.

²⁶ "Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

“ARTICULO 23. Naturaleza jurídica e intervención en el espectro. El espectro electromagnético es un bien público, inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado.

La intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión.(...)” (El destacado no es del texto).

Procede ahora precisar el entendimiento del legislador especial sobre la “concesión” para los servicios de televisión, con el fin de determinar el concepto y establecer los extremos obligacionales que en su otorgamiento surgirían para el ente estatal concedente y los concesionarios.

Define la concesión la ley 182 de 1995, de manera general, 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***”²⁷.” (subraya el Tribunal).

Acorde con esta definición, el legislador de 1995, definió y reguló diversos tipos de concesiones, según el tipo de servicio, objeto de regulación, y acorde con la finalidad de la misma; así, la ley 182/95 refiere a: concesión de televisión por suscripción²⁸, concesiones de espacios de televisión y concesión para la operación de los servicios de televisión²⁹, tipología esta última en la que expresamente se ubica el contrato que ocupa la atención del Tribunal, cuya nominación, contenido, alcances y efectos encuentran tipificación y desarrollo normativo en el estatuto en mención y en las leyes vigentes en la materia a las que expresamente remite.

En la normativa especial que se viene citando (Ley 182 de 1.995), el contrato de concesión **para la prestación del servicio público de televisión** aparece regulado en las siguientes disposiciones:

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

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

“ARTICULO 49. DE LAS CONCESIONES A LOS OPERADORES ZONALES.- *La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública.
(...)*

²⁷ Artículo 46.

²⁸ Artículo 41.

²⁹ Artículo 35.

Con posterioridad a la ley 182 de 1995, continuaron los desarrollos legales del servicio público de televisión, integrando el tramado normativo que hoy gobierna su prestación, así:

La ley 335 de 1996, mediante la cual se creó la "televisión privada", modificó algunas de las disposiciones de las leyes 14/91 y 182/95. De las modificaciones legislativas, resultan de interés para la solución de esta controversia, las siguientes:

Artículo 13 de la Ley 335 de 1.996³⁰, modificadorio del artículo 56 de la Ley 182:

"Artículo 13. El artículo 56 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

A partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

(...).

ARTÍCULO 16.- El Artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

(...).

Previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 182 de 1995, la CNTV teniendo en cuenta los estudios pertinentes, decidirá el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley.

ARTÍCULO 23. Para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión "Canal Zonal o Canales Zonales", entiéndase que se trata de Canales Nacionales de Operación Privada. Igualmente cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los Canales Nacionales de Operación Pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión.

ARTÍCULO 24. El artículo 22 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento. La Comisión Nacional de Televisión definirá, y clasificará el servicio así:

1. Según el país de origen y destino de la señal:

- a) Televisión Internacional. Se refiere a las señales de televisión que se originan fuera del territorio nacional y que pueden ser recibidas en Colombia o aquella que se origina en el país y que se puede recibir en otros países;*
- b) Televisión colombiana. Es aquella que se origina y recibe dentro del territorio nacional.*

2. En razón de su nivel de cubrimiento territorial:

³⁰ "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones".

a) *Televisión nacional de operación pública. Se refiere a las señales de televisión operadas por Inravisión o el ente público pertinente, autorizadas para cubrir todo el territorio nacional;*

b) ***Televisión nacional de operación privada. Es aquella 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;***

(...).”

Ley 680 de 2.001³¹, artículo 6º:

“ARTÍCULO 6o. Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradoras de los Canales Regionales para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión. (...).”

Artículo 9o ibídem:

“ARTÍCULO 9o. Los operadores públicos y privados tendrán derecho, en igualdad de condiciones a la reposición de frecuencias que sean necesarias para emitir su señal sin costo alguno, en el evento de que por decisión de autoridad competente se produzca una reestructuración de las asignadas para el servicio de público de televisión abierta.

*En este caso no tendrán que participar en nuevas licitaciones o concursos para la adjudicación de nuevas frecuencias. **El contrato inicial será título suficiente para acceder a las nuevas frecuencias.**”*

Ley 1341 de 2.009³², artículo 1o, párrafo, dispuso:

“Artículo 1o. (...)

Parágrafo. El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho.”

De la normativa en cita, concluye el Tribunal:

- a) Que la televisión, por expresa voluntad legislativa, es un servicio público a cargo del Estado.
- b) Que por lo mismo, los particulares podrán acceder a su prestación en virtud del instituto de la concesión (contrato o licencia) según el objeto de la relación

³¹ “Por la cual se reforman las Leyes [14](#) de 1991, [182](#) de 1995, [335](#) de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión.”

³² Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

establecida con el Estado o ente público titular del servicio, que para el caso es, por disposición legal, la Comisión Nacional de Televisión.

- c) Que de la misma forma, es expresa la ley, al reiterar la condición de bien público de uso público del espectro electromagnético, del cual forma parte el espectro radioeléctrico destinado a los servicios de telecomunicaciones, en ellos incluido el servicio público de televisión.
- d) Que la explotación del espectro electromagnético, en su condición de bien público de uso público, puede ser concedida a los particulares para su explotación económica, directamente, en los casos permitidos por la ley, mediante el otorgamiento de una concesión – permiso o una concesión licencia, que no implica la celebración de un contrato con el Estado, puesto que la finalidad de este permiso no consiste necesariamente, en la prestación por el particular de un servicio público.

En este supuesto, es claro que es el particular (o licenciataria) el que solicita al Estado la adjudicación de espectro electromagnético para el desarrollo de una actividad, cuyo desempeño le es permitido por la ley directamente, en régimen de libertad (V.gr., radio, telefonía móvil), sin que medie la celebración de un contrato estatal, por no tener como finalidad la explotación del espectro solicitada, la prestación de un servicio público reservado al Estado.

En este caso (y aún tratándose de servicios públicos cuya prestación haya sido autorizada por el legislador en régimen de libertad), el Estado se limita a CONCEDER una LICENCIA o PERMISO para la explotación del espectro en beneficio del solicitante contra el cobro de una tarifa preestablecida. De esta manera, el objeto principal de la relación jurídica que surge entre el solicitante del permiso y el Estado concedente es precisamente el otorgamiento del espectro. De ahí que el cobro de la tarifa equivale a la cantidad del bien concedido, **y a su disponibilidad para el licenciataria, con independencia del uso o utilización (plena o parcial) que al mismo le dé el beneficiario de la licencia, aspecto éste que sólo interesará al Estado referido a sus funciones de control y vigilancia sobre la explotación de un bien público de uso público, y al desarrollo del mandato de intervención que desde siempre ha ostentando sobre la gestión de este bien público de uso público.** En esta hipótesis, el licenciataria no adelanta una actividad en nombre del Estado; el licenciataria ejerce una actividad cuyo desarrollo le permite el legislador, directamente, en su nombre y para su propio beneficio, todo sin perjuicio del control que sobre el desempeño de la misma debe tener el Estado, administrador del bien público involucrado³³.

³³ Trae a colación el Tribunal en este punto, la regulación actual sobre el otorgamiento de concesiones – licencia de espectro electromagnético contenida en la ley 1341 de 2009, conocida como “Ley de Tic”. En efecto, sobre el particular, dice la ley en mención:

“TITULO II.

PROVISION DE LAS REDES Y SERVICIOS Y ACCESO A RECURSOS ESCASOS.

ARTÍCULO 10. HABILITACIÓN GENERAL. a partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del fondo de las tecnologías de la información y las comunicaciones. esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. la habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico

ARTÍCULO 11. ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.

Dentro del contexto constitucional y legal antes analizado, encuentra el Tribunal que se impone el estudio preciso de la naturaleza jurídica de la relación que surge entre el Estado – Nación (como responsable legal del servicio de televisión) y los prestadores – operadores del mismo en virtud del contrato de concesión celebrado, por oposición a aquella que surge de la mera autorización (concesión - licencia) otorgada para la explotación de un bien público de uso público.

En el caso concreto que analiza el Tribunal, se trata de un contrato de concesión, especial –porque así lo tipifica la ley que regula el servicio público, cuya prestación constituye su objeto-, por cuanto la celebración del contrato implica, de suyo, el otorgamiento al concesionario, que prestará el servicio en virtud del contrato estatal y no por su propia iniciativa, del espectro electromagnético reservado por el Estado para este fin. Dicho de otra manera, la reserva estatal sobre determinadas bandas del espectro electromagnético, obedece al desarrollo de la función interventora del Estado en la gestión y administración de este recurso limitado, con los fines previstos en la ley, que se concreta en EL ORDENAMIENTO DEL ESPECTRO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE REQUIERAN DE SU EXPLOTACIÓN. De esta manera, el Estado **ATRIBUYE** A LOS SERVICIOS las porciones de espectro

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno Nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas del pago de contraprestaciones entre otras para Programas Sociales del Estado.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos.

PARÁGRAFO 2o. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro.

ARTÍCULO 12. PLAZO Y RENOVACIÓN DE LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo definido inicial hasta de diez (10) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos iguales al plazo inicial. Por razones de interés público, o cuando resulte indispensable el reordenamiento nacional del espectro radioeléctrico, o para dar cumplimiento a las atribuciones y disposiciones internacionales de frecuencias, el plazo de renovación podrá ser inferior al plazo inicial.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación, que tenga en cuenta el uso eficiente que se ha hecho del recurso, el cumplimiento de los planes de expansión, la cobertura de redes y servicios y la disponibilidad del recurso, teniendo en cuenta los principios del artículo 75 de la Constitución Política.

La renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico incluirá condiciones razonables y no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión.

La renovación no podrá ser gratuita, ni automática. El interesado deberá manifestar en forma expresa su intención de renovar el permiso con tres (3) meses de antelación a su vencimiento, en caso contrario, se entenderá como no renovado.

ARTÍCULO 13. CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del precio que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

La contraprestación económica de que trata este artículo deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico.

ARTÍCULO 14. INHABILIDADES PARA ACCEDER A LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. No podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico:

- 1. Aquellos a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones.*
- 2. Aquellos a quienes por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.*
- 3. Aquellas personas naturales que hayan sido representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos y socios de personas jurídicas a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y/o cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.*
- 4. Aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos.*
- 5. Aquellas personas naturales o jurídicas, sus representantes legales, miembros de juntas o Consejos Directivos y socios, que no se encuentren al día con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por concepto de sus obligaciones.*

PARÁGRAFO. Las inhabilidades a que hacen referencia los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo, se extenderán por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la cancelación de la licencia, o del permiso. En todo caso con razones y cargos previamente justificados y sin violación del debido proceso y el derecho de defensa.”

(Bandas de frecuencias) QUE SE REQUIERAN PARA SU DEBIDA PRESTACIÓN.

Debe el Tribunal en este punto, y para abundar en claridad y precisión de los conceptos de concesión que se manejan, establecer las diferencias que, en contenido y alcances, existen entre **un contrato de concesión para la prestación de un servicio público y una concesión – permiso para la explotación de un bien público de uso público**, y de modo particular determinar las consecuencias jurídicas que pudieran presentarse en aquellos casos en los que, como el que es objeto de análisis, convergen en el objeto del contrato de concesión uno y otro concepto.

La *concesión*, en su acepción y contenido, ha planteado diversas dificultades en el campo del derecho administrativo cuando se ha procurado definir, en forma precisa, sus alcances jurídicos. En efecto, a la misma denominación se asimilan distintas figuras, emergentes de disposiciones administrativas. Pero todas tienen algo en común: Confieren a una o más personas, extrañas a la organización estatal, un derecho o poder jurídico que antes no poseían, y que son propios de la Administración Pública gestora de servicios.

Como anotación principalísima, debe mencionarse que es necesario diferenciar entre “las Concesiones” como mecanismo de contratación de gestión estatal, esto es la modalidad contractual de la concesión (de obras públicas, y de servicios públicos), y las “concesiones” de licencias, autorizaciones o permisos para explotación de bienes de propiedad del Estado o de bienes públicos de uso público, cuya administración y gestión es de exclusiva competencia estatal (concesión de aguas, de minas, de riquezas nacionales, de explotación de recursos naturales, de espectro electromagnético, etc.), cuyo concepto, fines y regulación son totalmente distintos. Son pues esencialmente diferentes las relaciones trabadas entre el Estado concedente y el particular concesionario, y diversos los efectos de los derechos y obligaciones surgidos de ellas, en una u otra modalidad concesional.

- **La concesión contrato.**

En relación con el objeto mismo de la concesión de servicios públicos, que la tipifica y encuadra en el régimen jurídico contractual administrativo, ha dicho la doctrina³⁴ :

“El concepto de concesión ha precisado valiosas disquisiciones doctrinales tendientes a desentrañar las notas que caracterizan tal instituto jurídico. La circunstancia de encontrarse ante una entidad que se manifiesta como actuación unilateral de la Administración; ver, además plasmada dicha voluntad en un contrato administrativo que involucra la voluntad de un particular; observar el poderío de la Administración en cuanto al control y poder reglamentario de la actividad concedida, son todas circunstancias que permiten dilucidar a primera vista los rasgos distintivos de un fenómeno jurídico eminentemente peculiar.

*“Puede el ente administrativo en la gestión de las actividades que le son propias, acudir al ejercicio directo de sus competencias, o bien dar cabida a la iniciativa privada. Constituye un caso típico de la segunda situación la concesión administrativa de servicio público, por cuanto a través de la misma, la administración se desprende, mediante un acto unilateral, del ejercicio de una actividad que le es propia y encomienda su gestión al ámbito de un particular denominado “concesionario”. Por tiempo determinado previamente, **el concesionario, con el incentivo económico de las utilidades recibidas***

³⁴ “La Concesión Administrativa de Servicio Público”. Gladys Vásquez Franco.

por la explotación económica del servicio, asume la prestación de la actividad a su cuenta y riesgo, bajo la permanente supervigilancia de la entidad administrativa otorgante.

“De la noción de concesión se desprende que, aún tratándose de acto unilateral emanado del poder de la administración, éste genera consecuencias bilaterales por involucrar intereses del empresario particular –concesionario de la actividad-. Así las cosas, bien puede decirse que se trata de un “acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público”, cuyos límites y mutuas contraprestaciones se plasman en un contrato de derecho administrativo

(...)

En virtud de la fórmula concesional, el empresario particular se convierte en agente público, que desempeña labores público-administrativas. Debe además sujetarse a un régimen de derecho público por ejercer actividades de interés general o colectivo. (las subrayas y negrillas no son del texto).

En Colombia, tradicionalmente, el tema ha tenido tratamiento legal. Ya lo había hecho el Decreto 222 de 1983, y actualmente la ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -, al mencionar algunos de los contratos estatales, define genéricamente la concesión -de servicio y de obra- en los siguientes términos:

“4. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Es así cómo, de conformidad con la disposición legal, el elemento que realmente tipifica la concesión de servicios públicos en Colombia y lo distingue de cualquier otra modalidad concesional, es el objeto mismo definido por la ley, esto es que la **causa** del contrato estatal sea principalmente **delegar en el concesionario la “prestación o funcionamiento del servicio”**, a cambio de una contraprestación. Es decir, el Estado se desprende de la prestación del servicio –que le es propia- e igualmente del derecho a percibir la contraprestación del usuario o los beneficios derivados de dicha prestación, la que es ínsita al servicio mismo.

Se trata entonces de un típico contrato estatal respecto del cual son predicables las características de este tipo de contratos, su régimen jurídico y los principios que informan la actividad contractual del Estado, entre los que se encuentra, el Equilibrio Económico del Contrato. (Arts. 3, 4, 5 y 28 de la Ley 80 de 1993).

- **La concesión licencia.**

Por su parte, la concesión – licencia tiene un contenido distinto, en el que su

elemento esencial no radica ya en conceder la prestación de un servicio público a un particular que, por ese hecho, se convierte en agente público para la prestación de un servicio a cargo del Estado, y que en tal virtud es su agente o delegatario, sino en la asignación por el Estado de la utilización de un bien público de uso público de cuya administración y gestión es responsable –licencias para la explotación de un recurso natural, minas, aguas, espectro, etc.-, o de permitir a un particular la ejecución de una actividad que, si bien por definición legal pudiera constituir un servicio público, por su naturaleza industrial o porque así lo estableció el legislador, su prestación impone un permiso o autorización estatal y no la celebración de un contrato (V.gr. transporte público). En todo caso, el Estado, por disposición constitucional, conservará la regulación y control sobre la prestación del servicio mismo, en defensa y protección de la comunidad destinataria. El régimen jurídico de este tipo de concesión difiere esencialmente de la típica concesión de servicio público, en cuanto aquí no se traba una relación contractual entre el particular concesionario y el Estado concedente, que implique pactos prestacionales, responsabilidades y extremos obligacionales conmutativos, sino que se trata de un mero permiso de explotación particular en beneficio de la comunidad, sí, pero no en representación del Estado responsable.

Es así cómo no toda relación jurídica que surja entre Estado y particular y de la que se derive la prestación de un servicio público por autorización del Estado, implica la celebración de un típico contrato de concesión de servicios públicos, noción ésta de claro y preciso contenido y que, por lo mismo, no podrá predicarse sino de aquellas relaciones jurídicas en las que concurren sus elementos esenciales, antes explicados.

A título de ilustración sobre las diversas acepciones que de “concesión” ha desarrollado y aceptado la doctrina, acude nuevamente el Tribunal a la doctrina³⁵:

“B) Extensión de la noción concesional a otras realidades administrativas.

“La inicial vinculación de la concesión a la idea de servicio público perdió significación ante el apareamiento de otras situaciones jurídicas ínsitas en la fórmula concesional: La concesión de dominio público y la industrial. Estas concesiones no transfieren al ámbito de los particulares un servicio público, entendido en sentido estricto, sino otra serie de facultades de la administración.

“Resulta válida la síntesis definitoria de la concesión formulada por el profesor PEDRO A. LAMPREA, a la que indudablemente hay que añadir la concesión industrial. El autor la considera como un otorgamiento gubernativo a favor de los particulares, cuyos propósitos pueden ser muy variados, así:

*Disfrutes o aprovechamientos del dominio público;
Construcción o explotación de bienes públicos;
Ordenación, mantenimiento o aprovechamiento de un servicio público.*

“Puede hablarse en consecuencia de varias clases de concesiones con independencia conceptual y propia regulación: concesión de dominio público, concesión de obras públicas, concesión de servicio público y agregar la más recientemente concebida, concesión industrial.

“1) La concesión de dominio público. Tres son las categorías jurídicas en que pueden ubicarse los bienes del Estado:

³⁵ “La Concesión Administrativa de Servicio Público”. Gladys Vásquez Franco.

“a) Bienes de uso público: son aquellos cuyo disfrute pertenece a todos los habitantes de un territorio (...)

“b) Bienes fiscales: aquellos que el Estado utiliza como fuente generadora de renta o en general de provecho económico (...) y cuyo régimen jurídico es, en principio, el de los particulares.

“c) Bienes fiscales adjudicables: los que estando en el patrimonio público, tienen expresa destinación a salir de él, para radicarse en cabeza de los particulares (... bienes baldíos).

“Sobre las dos primeras clases de bienes puede el Estado conceder a los particulares la facultad de obtener provecho económico, de carácter transitorio, por la naturaleza de los bienes a que se refiere.

“Lo mismo que se predica de la concesión de servicio público por parte de la doctrina administrativista moderna, la concesión de dominio público constituye un acto administrativo, en cuyo otorgamiento utiliza la administración la técnica contractual.

“(…)

*“Si bien a las concesiones de servicio y de dominio público le es común la procedencia de un acto unilateral de la administración, al cual el concesionario se somete, se diferencian en cuanto al objeto sobre el que recaen. **En tanto que la concesión de servicio se refiere a actividades de gestión que, como su mismo nombre lo indica, son de servicio público, las concesiones demaniales recaen sobre el dominio estatal.***

“A la concesión de servicio público, a diferencia de la de dominio público, le es propio un régimen de tarificación y al concesionario se le inviste de poderes públicos especiales (jus exigendi) —expropiación, ocupación—, pero como contrapartida pesan sobre él las cláusulas exorbitantes establecidas por la administración, y está por demás sujeta a un régimen de reversión. Por su parte, en la concesión demanial el derecho que se constituye pervive en cuanto se cumplan las condiciones establecidas por la administración.”

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, se tiene que el establecimiento de la naturaleza de esta especial “concesión” que debe otorgar el Estado, y que fue definida por la misma ley 182 de 1995³⁶, 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**’, resulta indispensable para la resolución de la controversia que se ha planteado en este proceso, pues ella constituye una verdadera “**concesión de servicios públicos**” en cuya prestación **necesariamente** se requiere de la utilización de un bien de uso público: El espectro electromagnético.

Y sabido es, como viene de verse, que en la concesión de servicios públicos, el uso del bien público que se entrega junto con la concesión misma, **constituye un aspecto secundario en el objeto de la concesión de que se trate. Lo que se entrega esencialmente es la capacidad jurídica de prestar el servicio, esto es, la**

³⁶ Artículo 46.

titularidad sobre su prestación, y puede o no estar acompañado de la entrega de algún bien público o estatal.

Por ejemplo, cuando se entrega en concesión el servicio público de un acueducto y alcantarillado, lo que se “**concede**” es la explotación económica del servicio mismo y, por ello, el alcance de la concesión puede involucrar solamente la operación de la infraestructura estatal, caso en el cual se entrega el bien público para que lo opere el concesionario; pero, igualmente, puede otorgarse la concesión sin infraestructura para que la construya el concesionario (total o parcialmente). En el caso del servicio de recolección de basuras, se entrega el derecho a la prestación del servicio, pero los bienes pueden ser todos de propiedad del concesionario o pueden ser entregados, total o parcialmente, por el ente concedente; o como en el caso de algunos de los servicios de televisión, la concesión de espacios de televisión, en los que lo otorgado al particular es el derecho de explotar económicamente un espacio que es propio del Estado, utilizando las frecuencias asignadas al canal público para el beneficio del particular concesionario. Así, es claro que, en el supuesto que se analiza, la explotación de los bienes estatales no constituye en ningún caso, el objeto del servicio y mucho menos el permiso de uso de dicho bien se erige en objeto principal del contrato de concesión de prestación de servicios públicos.

Múltiples son los ejemplos en los que una actividad declarada por ley como de servicio público y establecida por el legislador la reserva estatal sobre la misma –en los términos de la Constitución Política-, está sujeta al otorgamiento de una concesión – permiso o concesión - licencia para su prestación, sin que esta autorización implique la celebración de un contrato de concesión de servicio público sujeta al régimen propio de este tipo de contratos. Son ejemplos legislativos en esta materia:

- ✓ La ley 105 de 1993, que en su artículo 7, dispone: *“la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente. Quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan, tendrá derecho a ese permiso o contrato de concesión.”*
- ✓ La ley 99 de 1993, artículo 50, entiende por *“Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.”*
- ✓ La ley 142 de 1994, en su artículo 39, se refiere a los contratos especiales requeridos para la gestión de los servicios públicos que ella regula.
- ✓ La concesión para la explotación de minas o títulos mineros.
- ✓ La concesión para la explotación de bosques o más comúnmente conocida como explotación maderera.
- ✓ La concesión de espectro para radioaficionados o para servicios particulares de telecomunicaciones, o los títulos habilitantes a los que refiere la ley 1341 de 2009 (Ley de Tic).

Los “contratos de concesión” traídos a título de ejemplo, por su misma naturaleza, objeto y contenido, mal podrían asimilarse a “contratos de concesión de servicios públicos” propiamente dichos, puesto que están encaminados y cumplen el propósito de conceder a un particular la utilización de un bien público, bien con fines de gestión

de servicios públicos, cuya prestación permite la ley en régimen de igualdad, o bien de servicios privados de telecomunicaciones. Se trata pues de una concesión, sí, pero en su modalidad de permiso o licencia, y no en la acepción contractual del término.

Así, en este caso, no podrán inferirse relaciones contractuales conmutativas entre el Estado concedente y el particular concesionario respecto de la explotación del bien estatal de que se trate, esto es, de la actividad desarrollada por el concesionario con utilización de la riqueza del Estado. No. En esta hipótesis, el particular, incursiona, por su cuenta y riesgo, en esa actividad o servicio sometido a las regulaciones del mercado, limitándose el Estado a regular la utilización del bien público involucrado y controlar las condiciones en que el mismo fue concedido.

En este contexto, no podrá una empresa de servicios públicos o cualquier otra persona que explote un bien público de uso público o recurso natural para su propio beneficio, incluyendo en esta nominación la explotación de espectro electromagnético, reclamar del Estado un restablecimiento del equilibrio económico de su negocio, invocando cambios legislativos o fácticos, o la ocurrencia de hechos imprevistos que modificaron las condiciones en que “celebró” un supuesto “contrato de concesión”, pues éstas circunstancias, en caso de ocurrir durante la ejecución de un contrato estatal de concesión, solo habilitarían al concesionario contratista, para invocarlas como fundamentos de una solicitud de restablecimiento de equilibrio contractual.

En materia de telecomunicaciones, ha sido tradición legislativa en nuestro país, en materia de telecomunicaciones, la clasificación de servicio público de los servicios para cuya prestación resulte necesaria la utilización del espectro electromagnético. Sobre este particular y para mayor ilustración, el Tribunal remite a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, cuando al evacuar una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 1900 de 1990, dejó establecido³⁷:

“La matriz espacial se torna de esta manera compleja. Para el derecho constitucional de nuestros días, en ella figuran el territorio, el mar territorial, el espacio aéreo, las órbitas geoestacionarias y el espacio mismo (magnitud). La matriz espacial, es como el Estado, una construcción social y ella compone y origina toda serie de relaciones, derechos y deberes frente a los cuales el Estado decreta su imperio y asume la potestad de regularlos.

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

2. Telecomunicaciones y servicio público.

“Lo anterior es útil para comprender que la vinculación Estado/Espacio y la facultad de regular el uso del espectro electromagnético y los canales de información, no pueden explicarse con la institución del monopolio que el Actor pretende emplear en este asunto. Es bien sabido que según el artículo 31 de la Constitución, leído en concordancia con los artículos 30 y 32, tiene vigencia en el sistema político colombiano, la libertad de empresa y la iniciativa privada. Esta es la regla general que caracteriza nuestro esquema económico. No obstante, el constituyente de 1910 estimó conveniente consagrar el monopolio, al lado de los sistemas impositivos, como fuente de ingresos del Estado. El artículo 31 en tal dirección, atribuye exclusivamente a la ley la

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia No. 53 del 25 de abril de 1991. M.P. Dr. PABLO J. CÁCERES CORRALES.

facultad de retirar de la órbita privada el ejercicio de actividades económicas cuya rentabilidad sea óptima para producir ingresos que, a título de ganancias, sean empleados en los gastos que demandan las gestiones del poder público.

(...).

“En tales condiciones, el espectro electromagnético no se relaciona con el estado a título de monopolio, ni los atributos y recursos que contiene pueden explicarse, en el cuadro constitucional, con base en el instrumento rentístico del artículo 31. Si la legislación estableciera el uso de las frecuencias radioeléctricas como monopolio a favor del Estado sin otorgarle la característica de ser un arbitrio rentístico se estaría en presencia de un monopolio pero inconstitucional, porque quebrantaría los fines que la norma fundamental dispone para que el Estado se apropie exclusivamente y con prescindencia de la libertad de empresa, de una actividad económica.

“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 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 esto 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.”

“Se acomoda esta norma a lo previsto en el artículo 76 No. 10 de la Constitución cuando define que es la Ley quien regulará lo relativo a los servicios públicos y ella puede tomar las medidas para que se preste regular y eficazmente a los asociados y fijar las condiciones que así lo aseguren. Por esta razón, el Estado no ha acudido a la figura excepcional y rentística del monopolio para expedir la normatividad de las telecomunicaciones.

“Tales previsiones sobre la prestación de ese servicio público figuraban en la legislación anterior al 20 de diciembre de 1989. Así se pronunció el Código fiscal, el artículo 1º de la Ley 198 de 1936 que lo modificó, el Decreto 1418 de 1945 (art. 11), el artículo 3º del Decreto Legislativo 3418 de 1954 que tiene en su esencia la misma redacción del transcrito artículo 5º., la ley 83 de 1945 que miró las radiocomunicaciones en los términos del servicio público de igual manera que su antecesora la ley 6ª de 1943 y el Decreto 1233 de 1950. Toda esa normativa, en parte citada por el demandante, tiene por fin regular el servicio público de las telecomunicaciones y disponer un aparato institucional que cumpla con su prestación a la comunidad. Allí no aparece que las telecomunicaciones se concibieran como arbitrio rentístico del que habla el artículo 31 de la Constitución. Es cierto que decretos meramente reglamentarios (Nos. 1418 de 1945, 1684 de 1947 y 1184 de 1969), no en disposiciones originarias del legislador se habla del “monopolio de las comunicaciones”, pero se trata, evidentemente, del empleo impropio y errado de la expresión que identifica el instituto constitucional del artículo 31. Los decretos reglamentarios pretendieron simplemente indicar que el servicio

público de las telecomunicaciones era de la responsabilidad del Estado, sin desconocer la posibilidad de delegar su prestación, por cuanto desde la ley 189 de 1936 el legislador ha dicho que “los servicios de telecomunicaciones sólo pueden prestarse por el estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquél o que tengan o hayan obtenido el respectivo permiso” (art. 1º.). Esta disposición que modificó el Código Fiscal, se ha mantenido en su esencia por las normas posteriores. Ha sido ese criterio legislativo la base para el desarrollo, por ejemplo, de la radiodifusión en Colombia, que todos sabemos se cumple preponderantemente por emisoras de personas privadas.

“Tampoco es cierto que el Legislador cuando dispuso la creación de una empresa nacional de telecomunicaciones se preocupó por nacionalizar la prestación de los servicios de larga distancia, pero esa nacionalización no se puede identificar válidamente con la creación del monopolio que autoriza, por excepción y con fines rentísticos, el artículo 31 constitucional porque, aunque las presentara de esa manera exclusiva, la ley en ningún momento le dio a las telecomunicaciones el carácter de instrumento productor de rentas públicas, sino, como con razón lo afirma el Procurador, el del servicio público, para el cual es indiferente la producción de ganancias y beneficios económicos. La centralización de las comunicaciones de larga distancia fue un criterio de eficacia técnica y económica en esta actividad, sin desconocer la posibilidad de empresas municipales responsables de la telefonía local y otros servicios complementarios de las comunicaciones.

“La orden del Decreto 1900 de 1990 de asignar a las entidades territoriales la prestación del servicio de telecomunicaciones es una forma de descentralizar y desconcentrar su operación de conformidad con la instrucción de la ley de habilitaciones que revistió al Gobierno de facultades para redistribuir la responsabilidad de los servicios entre la Nación y los entes territoriales. Semejante asignación es plenamente compatible con la teoría del Estado ya referida, porque los departamentos y municipios son parte integrante del Estado al cual le pertenece el espectro electromagnético y sus aplicaciones.

“Además, la misma ley 72 de 1989 dispuso expresamente en su artículo 5º que las telecomunicaciones pueden prestarse por el estado o mediante concesiones a personas naturales o jurídicas, reiterando de esa forma las hipótesis que otras normas habían previsto en Colombia. No se está en este asunto pues, en presencia de monopolios que el legislador hubiera establecido en alguna ocasión para que produjeran rentas a favor del estado, porque la legislación ha concebido el aprovechamiento de los canales en el marco del servicio público, cuyo régimen ha sido legislativamente y en este caso, diferente a la institución rentística del artículo 31 constitucional.”

De esta manera, es claro para el Tribunal que desde siempre, ha sido el mismo legislador, quien ha concebido la utilización del espectro electromagnético como referido a las actividades de telecomunicaciones, y ello lo único que significa, a juicio del Tribunal, es que, como lo afirmara la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia parcialmente transcrita, la única destinación jurídica de su uso, serían las telecomunicaciones, sea en su acepción de servicio público, que en el caso de reserva estatal –como el de la televisión- el Estado debe celebrar un contrato de concesión con este objeto, o para cubrir las necesidades privadas de telecomunicaciones o la prestación de servicios de telecomunicaciones respecto de los cuales no se haya establecido la reserva estatal, caso en el cual, bastará la

autorización administrativa, sin que medie la celebración de un contrato.

Que el servicio de televisión es un servicio público de telecomunicaciones a cargo del Estado, es cuestión que no se discute ante este Tribunal de Arbitramento; este es tema definido por la ley. La controversia de las partes obliga al Tribunal a precisar la naturaleza jurídica de la modalidad concesional establecida por el legislador para su prestación, pues de ella dependerá la determinación que adopte sobre las pretensiones de condena que el demandante ha sometido a su conocimiento.

De lo anteriormente expuesto, es claro para el Tribunal que en el caso en estudio, las partes celebraron un CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, con las consecuencias jurídicas de esta calificación, que a más de atender a su nominación legal, deriva del contenido obligacional del convenio.

En punto a la concesión del servicio público de televisión, en la modalidad que se estudia, se tiene, que, a diferencia de lo que sucede con la concesión de espacios de televisión, el Estado contrata la prestación del servicio en su nombre, **en todo el territorio nacional**, y como todo ente estatal contratante debe poner a disposición de su contratista los elementos que, siéndoles propios, resulten necesarios o indispensables para el cumplimiento de las obligaciones que le impone. Es ésta obligación estatal la que se tipifica como **disponibilidad de los bienes necesarios para la prestación del servicio público cuya prestación es otorgada al particular mediante el instituto de la concesión, esto es, la disponibilidad del espectro electromagnético requerido para la prestación del servicio, sin perjuicio del cobro de las tarifas que por la utilización del bien se causen a favor del Estado, como una contraprestación distinta a aquella que debe sufragar el concesionario por el derecho que el contrato le otorga a prestar el servicio, que se concreta en el “pago por la concesión”**.

De esta manera, y precisamente por lo que viene de afirmarse, encuentra el Tribunal que al constituir la utilización del espectro electromagnético premisa esencial habilitante para la prestación del servicio público objeto del contrato, conlleva la celebración del convenio, la necesidad de que el contratista cuente con **la disponibilidad** de ese bien, previamente **atribuido** al servicio por autoridad competente, y cuya **utilización** le permita cumplir con el cometido contractual, en los términos y bajo las condiciones de la regulación proferida por los entes estatales a cuyo cargo se encuentra la gestión y administración de este recurso, esto es el Ministerio de la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones (antes Ministerio de Comunicaciones) y la Comisión Nacional de Televisión.

Así, para el Tribunal, en el contrato de concesión 136/97, el permiso o licencia para el uso exclusivo de parte de un bien público de uso público, con el propósito de prestar el servicio público que constituye su objeto, es un elemento connatural al mismo, toda vez que sin dicha utilización se haría imposible cumplir con la prestación convenida. Se trata entonces, y en ello insiste este Tribunal, de un contrato de concesión de servicios públicos, en los que el concesionario, por su cuenta y riesgo, presta un servicio en nombre del Estado titular de la gestión del servicio, y del bien público cuya explotación es indispensable para su prestación, y es por ello que la autorización, permiso o licencia para el uso exclusivo de la franja de espectro reservada a la prestación de este servicio público de telecomunicaciones, constituye una de las obligaciones esenciales del Estado concedente, **en la extensión y medida que el mismo sea necesario para el cumplimiento del contrato**, toda vez que el concesionario **SÓLO** podrá utilizarlo para la prestación del servicio que le ha sido conferida en virtud de la concesión.

En tratándose del espectro electromagnético, el hecho jurídico de su calificación como “bien público de uso público”, implica de suyo que está destinado al uso de todos, sólo que su utilización por los particulares estará sujeta al permiso estatal. Para el caso concreto del servicio de televisión, su otorgamiento compete a la Comisión Nacional de Televisión, previa atribución del espectro requerido para el servicio, por el Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones).

Es así, que en el caso de celebrarse un contrato estatal de concesión para la prestación de los servicios públicos de televisión, que requieran a su vez la ocupación del espectro electromagnético (radioeléctrico) para el cumplimiento de su objeto, el título contractual habilita al concesionario para acceder al espectro **requerido para la prestación del servicio**, sin perjuicio del pago de las tarifas que por **su uso efectivo** se impongan por el ente competente (CNTV) para este efecto. En este caso, el objeto principal de la relación jurídica que surge entre el concesionario y el concedente es la prestación del servicio público, en nombre del Estado, y el acceso a la explotación del espectro radioeléctrico constituye un elemento determinante para el cumplimiento del contrato, y exclusivamente circunscrita al mismo. De esta manera, el Estado concedente tendrá la obligación – derivada de la ley y del contrato- de garantizar al concesionario del servicio público cuya prestación otorga, el acceso y disponibilidad del espectro, permitiéndole, **la utilización del mismo, en cuanto sea necesario para la prestación del servicio objeto del contrato, puesto que sólo con ese fin le fue otorgada**. En la concesión de servicio público, interesa a las partes de manera principal **su prestación**, que es el móvil o causa determinante de la contratación; a la concesión concurre el contratista movido por el beneficio económico derivado de la actividad de servicio objeto del contrato, y no de la explotación del bien público que se requiera para lograr ese propósito.

Sobre la naturaleza jurídica del pago de las tarifas en cuestión, ha dicho la Corte Constitucional³⁸:

2. En segundo lugar, y sobre todo, la objeción es impertinente porque, en cualquier caso, las tasas son obligaciones ex lege, imponibles por ministerio de la Ley a quienes soliciten la prestación de un servicio. Entre otras, esa razón condujo a la Corte a considerar, en la Sentencia C-927 de 2006, que el pago de un monto de dinero, a cambio de la habilitación estatal para usar el espectro electromagnético, no era una tasa sino un precio público, pues la fundamentación inmediata de la obligación no se derivaba del imperio de la Ley, sino del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad de quienes decidían solicitar la habilitación para usar ese bien público (art. 75, C.P.). Dijo al respecto:

“(…) mientras que en el caso de los “precios públicos” la obligación surge de una relación eminentemente contractual o voluntaria fundada en el postulado de la autonomía de la voluntad (origen ex contractu); en tratándose de las tasas dicha obligación emana de la potestad tributaria del Estado que se ejerce mediante ley (origen ex lege).

En este sentido, mientras que el contribuyente en el caso de las tasas a partir de su solicitud, se compromete de manera coercitiva con el pago de una suma de dinero en la recuperación del costo que le implica al Estado la prestación de una actividad, bien o servicio de interés público o general; el beneficiario en el caso de los precios públicos asume el compromiso

³⁸ Sentencia C-403 de 2010.

*de pagar una remuneración como contraprestación conmutativa por un bien o servicio que se demanda siempre de forma voluntaria, en aras de obtener una ventaja o utilidad económica frente al resto de la población como beneficio derivado de la cancelación de dicha erogación pecuniaria.*³⁹

Considera pertinente el Tribunal en este punto traer a colación la prueba pericial decretada por la Corte Constitucional para mejor proveer la decisión por tomar en el Proceso D-1129 y que culminó con la Sentencia C-310 de 1996. La Corte Constitucional consultó la opinión técnica del Ingeniero y Físico José Fernando Isaza Delgado, quien al responder las siguientes preguntas atinentes a ciertos aspectos técnicos relacionados con el espectro electromagnético, señaló lo siguiente:

¿Qué se entiende por espectro electromagnético y qué por espectro radioeléctrico?

‘El espectro electromagnético es el conjunto de las frecuencias de radiación electromagnética. Comprende desde la bajísima frecuencia aprox. 10 a 100 Hertzios que corresponde a los campos generados por las actividades de generación y transmisión de electricidad, hasta frecuencias mayores a los 10 Hertzios que corresponden a la radiación de los rayos cósmicos.

‘(...) Por espectro radioeléctrico, la Unión Internacional de Radiocomunicaciones (U.I.T.) define las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión, servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos.’ Este ‘(...) no es un concepto estático, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, corresponde al estado de avance tecnológico.’

Qué se entiende por gestión del espectro?

*‘Involucra las actividades de **planeación, utilización, ingeniería, computación y monitoreo del espectro**. Es la combinación de procedimientos administrativos, técnicos y de control, para garantizar la explotación eficiente de los servicios de radio comunicaciones sin causar interferencia perjudicial’.*

“¿Cómo se lleva a cabo en la práctica la asignación de frecuencias?”

“La asignación de una frecuencia o de un canal radioeléctrico, es la autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o canal radioeléctrico determinado, en condiciones especificadas. (...) En Colombia, el Ministerio de Comunicaciones (...) asigna las frecuencias previa una solicitud formulada por el interesado quien debe aportar el proyecto, el rango de frecuencias y las características. El Ministerio realiza el análisis respectivo para determinar la zona y capacidad de los equipos con el fin de asignar las frecuencias.

*“Identificada la factibilidad, hace la respectiva asignación en el cuadro técnico y emite una resolución **autorizando el uso de las frecuencias** (...).’*

“¿Dentro del espectro electromagnético es posible distinguir técnicamente cuales frecuencias son asignables específicamente para el servicio de televisión, respecto de otras que no sirven para tal efecto y solamente puedan asignarse para radiodifusión, radiocomunicaciones, banda

³⁹ MP. Rodrigo Escobar Gil.

ciudadana y otros servicios? ¿O, por el contrario, todas las frecuencias sirven indistintamente para las diversas modalidades de telecomunicación y depende del criterio de quien gestiona el espectro la distribución de esas frecuencias entre los distintos servicios?

“El ancho de banda del espectro radioeléctrico asignado a diferentes usos (televisión, radio, telefonía celular etc.), surge de acuerdos internacionales, que reflejan el estado tecnológico de las comunicaciones.

“(…) Una banda de frecuencias determinada por la Comisión Internacional de Radiocomunicaciones puede ser utilizada para uno o varios servicios tales como: radio-navegación, fijo, espacial, móvil, marítimo, radio-astronomía, en uno o varios países o zonas geográficas determinadas sin considerar la función que se va a desempeñar. Colombia se encuentra ubicada en la Región 2. En este aspecto, las frecuencias pueden servir para diversas modalidades de telecomunicación y por lo tanto dependerá la distribución de esas frecuencias entre los distintos servicios, del criterio de quien gestione el espectro”.

En Sentencia C-310 del 11 de julio de 1996, con la cual se puso término al proceso, la Corte Constitucional dijo lo siguiente, con apoyo en la prueba pericial que viene de citarse:

“Ahora bien, para efectos de llevar a cabo la emisión, transmisión y recepción de datos o informaciones, gran parte de los medios de comunicación requieren del uso de instrumentos técnicos, algunos de los cuales son bienes de uso público que por su naturaleza pertenecen al Estado. Este es el caso del espectro electromagnético, que de conformidad con el artículo 75 de la Constitución Política es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades de conformidad con los términos que fije la propia ley.

“Sobre el espectro electromagnético, el Diccionario de Ciencias Físicas de F. Baueche (Editorial Reverté) ha señalado que el mismo está conformado por ‘las diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz ultravioleta, rayos X y rayos gamma’. Es decir que a través del espectro, circulan las diversas ondas electromagnéticas que transmiten los servicios de radio, televisión, telefonía, televisión por cable, telex, etc., siendo éstos sólo algunos de los medios que lo utilizan para enviar y recibir mensajes”⁴⁰.

Resulta también ilustrativo en el análisis que adelanta el Tribunal, la doctrina constitucional de la sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999, en la que la Corte Constitucional, al analizar la naturaleza de los recursos que se obtienen para el Fondo de Televisión Pública según la Ley 335 de 1997 por el uso de frecuencias del espectro electromagnético en el campo de la televisión en canales de operación privada, manifestó:

“... 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,

⁴⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-310 del 11 de julio de 1996. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente D-1129. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 5° literal f) y h) parcialmente, 12 num. 3° parcialmente, 23 parcialmente y 48 literal n), de la Ley 182 de 1995. En esta Sentencia la Corte reiteró lo expuesto por esa misma Corporación en la Sentencia C-189 de 1994, arriba citada.

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.

(...)

“Ahora bien, así como el Estado se halla facultado para cobrar, en los términos que la ley señale, a los concesionarios de radiodifusión, de radiocomunicaciones o de telefonía, o de otros servicios en el ramo de las telecomunicaciones, unas determinadas sumas durante el tiempo que dure la concesión que otorga, puede hacerlo en este caso, también con base en la ley, y bajo distintas modalidades de cobro, en cuanto a la explotación de las ondas electromagnéticas para canales de operación privada, en beneficio de la televisión pública.

“El argumento según el cual los operadores particulares tienen en la televisión pública su competencia, de manera que ‘en la medida en que se fortalezcan los operadores públicos del servicio de televisión, se debiliten los privados’, como lo dice el demandante, resulta inadmisibles para sostener la inconstitucionalidad de tales pagos, ya que no puede olvidarse que el espectro electromagnético no es de propiedad privada; y, por tanto, el asunto mal puede presentarse o entenderse en el rígido esquema de la competencia económica y la libertad de empresa, garantizadas por la Carta Política pero ‘dentro de los límites del bien común’ (art. 333 C.P.); se trata de un bien público por cuyo uso se debe pagar al Estado, y el Estado bien puede destinar las cantidades que reciba por ese concepto al fortalecimiento de la televisión pública, que en alto grado interesa a la comunidad y que no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por los particulares, sin que por ello vulnere la Constitución Política”⁴¹.

Definido el entorno normativo de la celebración y ejecución del contrato de concesión No. 136 de 1997, entra el Tribunal a establecer su régimen jurídico particular, atendiendo los actos administrativos que de modo general y especial se integraron a su clausulado, como principios rectores de las obligaciones de las partes, en punto a la **“asignación y utilización”** de las frecuencias destinadas por el legislador al servicio de televisión, y planificadas y asignadas por la CNTV, en su condición de Ente regulador y Rector del mismo, a los operadores del servicio, punto central de la controversia. Este análisis conducirá al Tribunal a identificar y precisar el contenido de los actos administrativos que regulan la materia y, en consecuencia, a determinar su alcance y efectos en el contrato a fin de dirimir la controversia sometida a su decisión que esencialmente versa sobre el disímil entendimiento de las partes respecto de los alcances de las expresiones legislativas, en el contrato.

⁴¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Acción de inconstitucionalidad contra, entre otros, el artículo 17 de la Ley 335 de 1997.

En efecto, mientras para la convocante las definiciones a aplicar son las siguientes:

- “
- i. Adjudicación: Esta se presenta en el PUF (Plan de Utilización de Frecuencias); allí se inscribieron los canales atribuidos para el servicio de televisión, para los distintos servicios de televisión, y en las diferentes áreas geográficas del país (teniendo en cuenta para ello el cubrimiento de las estaciones que existían en 1997)⁴².
 - ii. Asignación: Ella se produce en el momento en que la CNTV, previa solicitud del Concesionario, autoriza el encendido de cada una de las estaciones utilizando una frecuencia específica, y en “condiciones especificadas”. Dentro de las condiciones especificadas se encuentra la solicitud del Concesionario y la autorización correspondiente de la CNTV en donde especifica: la ubicación de la estación, la frecuencia que utilizará, el área de influencia de la misma y la proyección del cubrimiento de los municipios que se quieren cubrir con dicha estación, con la potencia mínima exigida por la CNTV en el PUF⁴³.
 - iii. Uso: Como no es suficiente con que una señal llegue a un área de influencia, sino que además se requiere que dicha señal llegue con unos niveles mínimos de potencia (por eso se distingue el “área de influencia” del “área de cubrimiento o servicio” de una estación); el uso se presenta entonces cuando la señal llega a un municipio o conjunto de municipios, con una potencia mínima suficiente (nivel de servicio) para que el televisor del usuario pueda amplificar la señal en audio y video, en condiciones adecuadas”.

Para la convocada:

“La Atribución de una banda de frecuencias comprende la “Inscripción en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas (...)”⁴⁴. De acuerdo con la definición legal, la Atribución corresponde a la indicación de qué servicios de radiocomunicaciones funcionarán por cada banda de frecuencias.

La Adjudicación de una frecuencia corresponde a la “Inscripción de un canal determinado en un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas”⁴⁵.

La Asignación de una frecuencia, comprende la “Autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”⁴⁶. Lo anterior implica, para el asunto que nos compete, que esta etapa envuelve la expedición de un acto administrativo por medio del cual la CNTV autoriza de manera expresa a un tercero (Operador) para que éste pueda utilizar estaciones transmisoras para ocupar frecuencias”.

6.5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 136 DE 1997.

⁴² La CNTV, como administrador del espectro para televisión, es quien puede modificar dicha inscripción, de forma unilateral, y aún cuando las frecuencias que modifica estuvieran siendo utilizadas en ese momento por algún operador.

⁴³ En el testimonio rendido por el ingeniero Jaime Robledo de 24 de enero de 2011, éste entregó una serie de predicciones en donde se distingue la zona de influencia de la estación, y dentro de éste, el área de cubrimiento del mismo, en condiciones de potencia mínima.

⁴⁴ Numeral 20 de la Sección II del Capítulo II del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias. Folio 582 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁴⁵ Numeral 21 de la Sección II del Capítulo II del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias. Folio 582 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁴⁶ Numeral 22 de la Sección II del Capítulo II del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias. Folio 582 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 582 del Cuaderno de Pruebas No. 6.

El contrato de Concesión No. 136 de 1997: Un contrato estatal?

La Ley 182 de 1995⁴⁷, organizó la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN como “una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos⁴⁸”, con el objeto de “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.”

En desarrollo de su objeto, la ley 182/95⁴⁹, le atribuyó diversas funciones, entre las cuales destaca el Tribunal las que en seguida describe, al propósito de establecer los alcances de su competencia en la celebración de los contratos de la tipología, naturaleza y contenido, como el que aquí nos ocupa:

- Clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión, calidad del servicio, publicidad, comercialización, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales y obligaciones con los usuarios (lit. c).
- Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión. (lit. e).
- **Asignar a los operadores del servicio de televisión las frecuencias que deban operar, de conformidad con el título y el plan de uso de frecuencias aplicables al servicio, impartir permisos para el montaje o modificación de las redes respectivas y para sus operaciones de prueba y definitivas, previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones.** (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 corresponda 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

⁴⁷ “Por la cual se reglamenta el servicio de televisión, y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conformará la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.”

⁴⁸ Artículo 3, Ley 182/95.

⁴⁹ Artículo 5, Ley 182/95.

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 de 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 la prestación del servicio 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.

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas o condiciones equivalentes. (lit. g).⁵⁰

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

De las atribuciones legales de la Comisión Nacional de Televisión, evidencia el Tribunal el cerco legal de su competencia en punto a la asignación a los operadores del servicio de televisión de las frecuencias que deban operar, de conformidad con el título y el plan de uso de frecuencias asignadas al servicio, impartir permisos para el montaje o modificación de las redes respectivas y para sus operaciones de prueba y definitivas, previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones (Lit. f), normas que debió observar en la formulación de los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 003 de 1997, que antecedió la celebración del contrato de concesión No. 136/97.

En su condición jurídica de organismo autónomo, la Comisión Nacional de Televisión, se ubica como una de las entidades enumeradas por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993⁵¹, cuyo régimen de contratación se regula fundamentalmente por las pautas contenidas en este estatuto. Por ello le está conferida la facultad de "...celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad"⁵², y aquellos típicos, que en razón del objeto de su creación, le encomiende el legislador. Esta subordinación normativa de la Comisión Nacional de Televisión al estatuto contractual es refrendada por la ley 182/95, que la somete a los preceptos de la ley 80 de 1993⁵³.

⁵⁰ Esta disposición fue derogada por la ley 680 de 2001. No obstante al analizar la constitucionalidad de esta última, la Corte Constitucional en sentencia C- 351 de 2004, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, concluyó que lo que en realidad había hecho el legislador era suspender su vigencia por el término de 3 meses.

⁵¹ Artículo 2, Ley 80 de 1993: "Para los solos efectos de esta ley: 1. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera que sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes o niveles. (...)."

⁵² Artículos 32 y 40 Ley 80/93 – Artículos. 1602 – 1603 C.C.

⁵³ Lit. k), art. 5, Ley 182 de 1985.

De esta manera, ninguna duda cabe al Tribunal que el contrato de concesión de *“operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada de cubrimiento nacional N2”* No. 136 de 1997 es un contrato estatal sometido, de manera general, al régimen contenido en el estatuto contractual de la administración pública: Ley 80 de 1993, naturaleza que no resulta desvirtuada por la remisión que a la normativa especial que regula la materia⁵⁴ hace el mismo estatuto respecto de los contratos celebrados con el objeto de conceder los servicios públicos de televisión⁵⁵.

Este concepto lo reafirma la misma Corte Constitucional, al señalar:

“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.’⁵⁶

“En el caso colombiano, la adjudicación de espacios para la prestación del servicio público de la televisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 182 de 1995, se efectuará a través de contratos de concesión; dice la mencionada norma: ‘...la televisión es un servicio sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política...’.

“Los sujetos que intervienen en la concesión:

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

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

“En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que

⁵⁴ Evolución normativa analizada por el Tribunal en capítulo anterior de este Laudo.

⁵⁵ Ley 80 de 1993. Parágrafo, art. 33.

⁵⁶ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994.

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.’⁵⁷

“Nótese que éste 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”⁵⁸.

De la reseña de la evolución normativa del servicio público de televisión, consignada en Capítulo anterior de este Laudo, y de la doctrina constitucional en cita, concluye el Tribunal que, tal como lo expresaran los mismos pliegos de condiciones de la licitación pública No. 003 de 1997, el régimen jurídico del contrato de concesión No. 136 de 1997, se integra por:

“1.5 Régimen Jurídico Aplicable.

“El régimen jurídico aplicable a la presente licitación pública y a la prestación del servicio de Televisión de Canales Nacionales de Operación Privada N1 y N2, será el contenido en el presente pliego de condiciones, en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, el Acuerdo No. 023 de junio 26 de 1997 modificado por el Acuerdo No. 025 de 4 de septiembre de 1997 y la Resolución No. 0424 de septiembre 18 de 1997 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y en las demás normas que regulan la materia.”

⁵⁷ Ibídem

⁵⁸ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 350 del 29 de Julio de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Ya dejó establecido el Tribunal, de conformidad con el análisis normativo realizado, que el contrato de concesión No. 136 de 1997, es un contrato estatal, y que si bien se sujeta en las reglas de su formación, a lo dispuesto en las normas que gobiernan la contratación pública, su contenido encuentra reglamentación expresa en la normativa especial que regula la materia. Fue éste, a juicio del Tribunal, el criterio legislativo consignado en el estatuto contractual de la administración pública al prescribir que *“los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”*, prescriptiva que en nada se opone a la ubicación del contrato de concesión de *“operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada”* en la categoría unívoca de la contratación estatal, que, por lo mismo, implica la observancia de los principios que le son connaturales, como el de la transparencia, la economía, la responsabilidad y el equilibrio económico, rectores de la actividad contractual pública⁵⁹.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, concluye el Tribunal que el régimen jurídico del contrato en estudio, se integra: por la normativa general que gobierna la contratación pública, la especial propia del servicio que constituye su objeto, y las disposiciones meramente contractuales, estipuladas por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad. Sobre este particular, considera pertinente el Tribunal traer a colación la reiterada doctrina sobre los contratos de la administración de las características antedichas⁶⁰:

“Distingue el derecho público las situaciones jurídicas de carácter general de las situaciones subjetivas o de carácter individual.

“En los contratos administrativos, en los que las dos situaciones coexisten, la distinción reviste especial importancia para su correcta interpretación, porque cada una de estas situaciones se gobierna por principios distintos que se desprenden de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que genera.

“Las primeras emanan de la ley o reglamento, constituyen el derecho objetivo, y por esencia, son reglas generales, impersonales, abstractas, de contenido igual para todas las personas consideradas en la norma.

“Las segundas, surgen al amparo del ordenamiento jurídico general. Se originan en poderes legales regularmente ejercidos, y crean, modifican, suprimen o reconocen situaciones subjetivas, particulares y concretas. Su contenido lo derivan no de la ley o reglamento, sino del acto individual, que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular.

“(…).

“Todo contrato se celebra con el propósito de crear situaciones jurídicas individuales. Pero no debe confundirse la situación jurídica creada por los contratantes, con la situación jurídica creada por la ley.

“La distinción es fundamental.

⁵⁹ Ello no es extraño en nuestra tradición legislativa. Múltiples son los ejemplos que encuentra el Tribunal de relaciones contractuales tipificadas por la ley, de manera general, como “contratos estatales”, pero sujetos en su contenido y aspectos de su ejecución, a la normativa especial que atiende las especificidades propias del servicio involucrado en su objeto. Así, a título ilustrativo el Tribunal menciona, entre otros, ejemplos normativos:

Artículo 75 de la ley 80 de 1993: Exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables.

Artículo 35 de la ley 80 de 1993: Servicio de radiodifusión sonora.

Artículo 7 de la ley 105 de 1993: Concesión de transporte público.

Artículo 39 de la ley 142 de 1994: Contratos especiales.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto del 11 de marzo de 1972. C.P.: Dr. ALBERTO HERNÁNDEZ MORA.

“Las situaciones legales o reglamentarias son modificables en todo momento por la autoridad pública que las crea.

“Las ventajas que de una situación legal o reglamentaria resultan para el contratante con la administración, están subordinadas a su mantenimiento y en ningún caso impiden que pueda adoptarse una nueva reglamentación más acorde con el interés general.

“El contrato propiamente dicho, es un acto jurídico por el cual las partes crean para ellas derechos y obligaciones que les permite o autoriza la ley. Pero las situaciones jurídicas individuales y concretas que tienen su origen en el contrato, son distintas de las situaciones jurídicas que crea la ley o el reglamento y cuya aplicación motiva el contrato.

“En su “Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs”, Tomo I, el Profesor Laubadère, anota:

“Generador de obligaciones el contrato, por esto mismo se diferencia de todos los actos jurídicos que, aún realizados bajo la forma de acuerdos bilaterales de voluntad se limitan a atribuir por vía individual una situación legal o reglamentaria, un estatuto cuyo contenido ha sido determinado anteriormente por vía general y que puede, por este hecho, encontrarse automáticamente modificado a continuación entre las manos de su titular si las leyes o reglamentos vienen a introducirle cambios por vía general.

“Hemos distinguido anteriormente, agrega Laubadère, el contrato, acto creador de una situación jurídica subjetiva y el acto condición que no hace sino atribuir una situación legal o reglamentaria y que puede presentarse bajo la forma de un acuerdo de voluntades. Ahora bien, ciertos “contratos administrativos” tienen al respecto una naturaleza mixta; por una parte, ellos crean una situación jurídica contractual, pero por otra, ellos se limitan a aplicar al co-contratante, elementos de un estatuto legal o reglamentario.

“En los actos de naturaleza mixta contentiva de disposiciones contractuales y de disposiciones estatutarias, es muy importante hacer la distinción entre estas dos categorías de disposiciones, especialmente desde el punto de vista de su modificación posterior, mientras que las disposiciones contractuales se benefician del régimen jurídico del contrato y no pueden ser afectadas por medio de disposiciones generales nuevas, las disposiciones estatutarias se modifican automáticamente cuando los reglamentos que las establecieron cambian.”

“(…)”

Es entonces, dentro de este marco normativo que realizará el Tribunal la interpretación de las estipulaciones contractuales que servirán de fundamento a las decisiones que adopte en este Laudo.

6.6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

El Tribunal abocará el examen y decisión de cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los elementos materiales del contrato de concesión No. 136/97, con el fin de establecer en el expediente la acreditación de los hechos en que ellas se sustentan, y, en su caso, la procedencia de las compensaciones e indemnizaciones que a manera de peticiones de condena formula la demandante.

El Tribunal procede a analizar las pretensiones de la demanda, dentro del contexto jurídico y fáctico establecido en los capítulos anteriores de este Laudo. Las pretensiones de la demanda integralmente consideradas envuelven la solicitud de reparación integral de los perjuicios y mayores costos que la convocante dice haber sufrido, por los siguientes conceptos:

- (i) Por los mayores valores pagados a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN “por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997” (pretensiones primera principal, segunda principal y tercera principal).
- (ii) Por los gastos extraordinarios en que incurrió “por cuenta de algunas de las frecuencias asignadas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN para la ejecución del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997 (antenas).” (pretensiones cuarta principal, quinta principal).

El régimen jurídico de las pretensiones de la demanda.

En el establecimiento del régimen jurídico de las pretensiones de la demanda, y en punto al análisis que más adelante se realiza en relación con los efectos jurídicos que sobre los pedimentos formulados por la convocante tienen los distintos acuerdos celebrados por las partes durante la ejecución del contrato con fundamento precisamente en los hechos que sirven de soporte al *petitum*, advierte el Tribunal que no le es dado a las partes de un contrato a cuya celebración concurren libremente, desvirtuar lo aceptado por ellas, sin incurrir en violación de los principios fundamentales de la contratación. En este punto debe el Tribunal afirmar con el Consejo de Estado⁶¹ que resulta contraria al principio de la buena fe que debe regir la actividad contractual y procesal de los cocontratantes, la conducta que apunte a volver sobre el pasado para cuestionar lo que entonces se aceptara como pacto vinculante.

- **La noción del “daño reparable”.**

En esta instancia se refiere el Tribunal a la noción de “daño reparable” y a la procedencia de la reparación del “daño” patrimonial sufrido por el concesionario. A los efectos de establecer la noción de “daño reparable” en el presente trámite, se apoya el Tribunal en la doctrina consignada sobre este particular en el Laudo Arbitral proferido el 16 de junio de 2005 en el trámite arbitral de Telecolombia S.A. Vs. La Comisión Nacional de Televisión que encuentra correspondencia con el asunto que aquí se analiza:

“En este punto, debe el Tribunal preguntarse, a efectos de analizar la viabilidad de las pretensiones de condena de la convocante en este proceso, ¿cuáles son los requisitos o calidades que deben predicarse del “daño” para que haya lugar a su reparación? ¿Cuáles serían los medios a disposición del juez para decretar la indemnización? ¿Cómo ha de probarse el perjuicio para que proceda su resarcimiento? Para contestar estos interrogantes y resolver la controversia que le ha sido planteada, debe el Tribunal, primero establecer esta noción, a fin de entrar a determinar si probados los hechos que jurídicamente constituyen su causa, el daño o lesión que se produjo como efecto directo de su ocurrencia, tiene la connotación de resarcible a la luz de la ley.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de agosto 13 de 1992, Exp. 6580.

A partir de los principios en que se ha estructurado la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1616 y 1617 del Código Civil colombiano⁶²), el Tribunal encuentra necesario establecer los conceptos jurídico-procesales en que ha de concretarse en este proceso, la noción de “daño reparable”, de conformidad con la materia pública que lo informa.

El reconocimiento del perjuicio en su modalidad de daño emergente, no ofrece al juzgador mayores dificultades: El será procedente, siempre que en el proceso se encuentre demostrada su existencia y su conexidad con el contrato mismo, partiendo del supuesto de la ausencia de responsabilidad del contratista en su producción.

En cuanto al lucro cesante se refiere, el juez se encuentra circunscrito a especiales criterios de valoración. El concepto de lucro cesante ha sido, para efectos de su reconocimiento en materia contractual, estrictamente delimitado por la doctrina y la jurisprudencia. Y ello es así, puesto que no le está permitido al juzgador reconocer al contratista las expectativas de utilidad o “sueños de ganancia” que hubiere concebido en torno a la ejecución de un contrato, sin que ellas encuentren correspondencia con las estipulaciones pactadas a tal propósito.

Por lo anterior, este Tribunal, encuentra coincidencia con el Consejo de Estado⁶³, en el establecimiento de los requisitos esenciales para la procedencia de la indemnización del perjuicio o reparación del daño:

- a) La necesidad de que el contratista acredite su existencia real y efectiva, como fenómeno objetivo que altera la equivalencia económica del contrato.*
- b) 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 sentencia judicial la condena respectiva, que se verifique por el juez la existencia de los perjuicios que se alegan y la cuantía del detrimento patrimonial en el acervo probatorio del proceso.*
- c) Para que el daño sea indemnizable, debe, necesariamente ser 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 su apreciación por el juez, según los mandatos del ordenamiento procesal.*

“Es así como el daño indemnizable, que se genere en la acción u omisión del Estado, en el campo contractual, como en cualquier otro escenario de responsabilidad, debe ser real, cierto, concreto, especial en la órbita patrimonial del contratista, es decir, debe ser susceptible de valoración económica, de acuerdo con las pruebas del proceso. Adicionalmente, y para los efectos de su reparación, no podrá predicarse respecto del contratista que lo alega como fuente de indemnización, el deber jurídico de soportarlo, V.gr, el daño o detrimento patrimonial en el que incurra por error o hecho propio, toda vez que en este supuesto desaparecería el elemento básico de la condena y

⁶² CODIGO CIVIL, artículo 1616: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (...)”.

CODIGO CIVIL, artículo 1617: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: (...) 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.”

⁶³ Ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera: Sentencias del 6 de abril de 1990, exp. 5685 C.P.: Dr. GUSTAVO DE GREIFF R.; y del 28 de octubre de 1994, exp. 8092, C.P.: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

de la consecuente obligación de repararlo: La imputación jurídica del daño a la persona pública contratante.

“En este contexto, ninguna procedencia encuentra el Tribunal en la aplicación de criterios de equidad para la reparación de perjuicios cuya acreditación en el proceso no cumpla con los requisitos que ubiquen el daño en la órbita de responsabilidad del ente público contratante y que no demuestren la conexidad con su conducta u omisión como supuestos determinantes de su reconocimiento.”

En consecuencia de lo expuesto, el Tribunal, en el análisis sobre la viabilidad de las pretensiones de condena de la convocante, no accederá a la aplicación de mecanismos o instrumentos de indemnización, o de restablecimientos, que resulten ajenos a los pactos contractuales, a la naturaleza del convenio o que sean extraños a los acuerdos que en materia de tarifas en él se contienen, o que aún perteneciéndoles, no resulten probados en el proceso como perjuicios ciertos, que por lo mismo, resulten indemnizables.

Por ello, desde ya advierte el Tribunal que el estudio de los perjuicios cuya reparación invoca la convocante no se realizará bajo criterios que impliquen modificaciones al contrato respecto de los acuerdos en él contenidos sobre pago de tarifas por la utilización de frecuencias para la prestación del servicio público que constituye su objeto, o la variación de los supuestos básicos normativos tenidos en cuenta por las partes al celebrar el contrato, o de las condiciones jurídicas y/o económicas que constituyeron la base de sus mutuos compromisos, y mucho menos sobre el supuesto de considerar el reconocimiento de perjuicios y costos hipotéticos, presumidos o estimados que no encuentran la prueba de su realización en el expediente.

6.7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA

6.7.1. Las disposiciones particulares del Contrato de Concesión No. 136 de 1997.

Establecido el marco normativo del contrato bajo análisis, debe el Tribunal, a los efectos de definir las pretensiones principales primera, segunda y tercera formuladas en la demanda, establecer el espectro obligacional del contrato, para lo cual, a más de las disposiciones particulares contenidas en el convenio, deberá precisar el contenido de las normas proferidas por la contratante, en su condición de ente regulador del servicio objeto del contrato, que le sirvieron de causa y que se integraron al pacto, como preceptos rectores de su ejecución.

En este orden de ideas, es claro para el Tribunal que las partes, al celebrar el contrato de concesión No. 136/97, aceptaron expresamente como parte integral del mismo, en cuanto hace a los extremos de la controversia que los tiene enfrentados, los actos administrativos que gobiernan la materia, en punto a la ASIGNACIÓN Y USO de las frecuencias ASIGNADAS al servicio, cuya prestación constituye el objeto del contrato, esto es, el Plan de Utilización de Frecuencias, y la Resolución 429 del 18 de septiembre de 1997. Así lo consignaron expresamente en el texto del contrato, cuya cláusula novena, dispone:

“CLÁUSULA 9.- VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO. *La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 de 18 de septiembre de*

1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida.

“Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N1 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias.”

De esta manera, entiende el Tribunal, que su tarea se circunscribe a la interpretación de los textos normativos citados, en cuanto al establecimiento de la **causa** del cobro por los conceptos –utilizados por la ley, el reglamento y el contrato- de **asignación y uso** de las frecuencias asignadas al Canal N2, y destinadas a la prestación del servicio de televisión. Y ello es así, puesto que sobre la existencia de la obligación de pago por el “**uso**” de las frecuencias, existe consenso entre las partes contractuales y ninguna diferencia han sometido al conocimiento del Tribunal sobre este aspecto. La controversia se centra en los extremos de dicha obligación y más concretamente, sobre la **causa** que hace exigible el cobro de los valores establecidos, de modo unitario, por la Resolución 429 de *18 de septiembre de 1997*.

A tal efecto, deberá el Tribunal, previo análisis de los actos administrativos que rigen la relación contractual, por lo antes expuesto en este Laudo, establecer de conformidad con las definiciones y conceptos normativos, **qué se entiende por “utilización de frecuencias”**, noción que, a juicio del Tribunal, constituye el supuesto fáctico de la obligación de pago, cuyos alcances aquí se discute.

Antes de iniciar la labor interpretativa de los actos administrativos regentes de la actividad objeto del contrato de concesión, y toda vez que, tal como se ha acreditado en el trámite, no existe una definición técnica-normativa de la terminología contractual respecto de cuyo contenido tienen las partes diversas acepciones, diferencias que las tiene enfrentadas en este proceso, debe el Tribunal precisar su entendimiento de las mismas, surgido del análisis de la prueba documental, así como de los conceptos periciales, y que sirvió de base a las conclusiones en que se fundamentarán las decisiones que adoptará en la parte resolutive de este Laudo.

Entiende el Tribunal por:

- **ATRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS**, la función que ejerce el Ministerio de Comunicaciones (Hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 182 de 1995, entendida ella como la **atribución de espectro electromagnético a un determinado servicio público de telecomunicaciones.** (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico, pág. 15, respuesta a la solicitud No. 2, lit. b. de la convocante).
- **ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS**, la función en cabeza de la autoridad competente –en este caso la CNTV- para, dentro de las bandas de frecuencias atribuidas al servicio público a su cargo, proceder a **la asignación (adjudicación) ordenada de las frecuencias a los canales a través de los cuales habrá de prestarse el servicio.** (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico, pág. 15, respuesta a la solicitud No. 2, lit. b. de la convocante).
- **USO DE FRECUENCIAS**, la utilización de la frecuencia asignada a los canales dispuestos para la prestación del servicio, por el operador del mismo para la prestación efectiva del servicio. En los términos del contrato de concesión No. 136 de 1997, se entiende por uso efectivo

de las frecuencias asignadas al canal N2, la utilización de la frecuencia (canal) *“desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal. Es decir desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación. Como se trata de un sistema de comunicaciones hay elementos básicos: un emisor (la estación transmisora), el medio de transmisión (el espacio en la zona de cobertura) y receptores actuales o potenciales, ubicados dentro del área de cobertura.”* (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico, pág. 15, respuesta a la solicitud No. 1, lit. g. de la convocante).

De esta manera, el Tribunal comparte la apreciación del perito técnico cuando al atender el requerimiento de aclaración al dictamen de la parte convocante en el sentido de precisar si *“se está “utilizando” una frecuencia cuando un municipio está siendo cubierto por una señal”*, respondió, en apreciación que comparte el Tribunal:

“Cuando un municipio está siendo cubierto por una estación, se está “utilizando” en ese municipio la frecuencia (canal) emitida desde la estación, entendida como el medio de transmisión para la propagación de la señal.”

Y en la respuesta a la pregunta formulada en el numeral 7 del cuestionario planteado, el señor perito dictaminó:

“Se considera que cubierta una localidad con la señal de determinada frecuencia (canal) de televisión, cuando la señal de esa frecuencia (canal) se recibe con un nivel de intensidad de campo igual o superior al mínimo establecido por la CNTV”

Desde ya advierte el Tribunal, que no comparte el concepto pericial en cuanto a la asimilación conceptual que formula en el dictamen inicial (respuesta a la pregunta No. 1 de la convocante) entre las nociones de “Asignación” y “Utilización o Uso” de la frecuencia, que no corresponde a los contenidos técnico-normativos de estas definiciones en los términos dispuestos en el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias” adoptado por el Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de las tecnologías de la Información y de las Comunicaciones) mediante Resolución 1274 de 1997, tal y como lo señalara el mismo experto técnico al atender la solicitud No. 2 – lit. a. de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial (página 15 del documento).

De este modo, y por encontrarse estos preceptos definidos en norma reglamentaria, a las definiciones normativas se atenderá el Tribunal en el estudio de las pretensiones de la demanda.

- **OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 136 DE 1997 Y AMBITO MATERIAL DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN QUE CONSTITUYÓ SU OBJETO:** De conformidad con lo dispuesto en la cláusula primera del contrato de concesión No. 136 de 1997, el objeto principal del mismo es la prestación del servicio público de televisión, en todo el territorio nacional. De esta manera, los mínimos contractuales de cubrimiento territorial exigidos en los pliegos de condiciones (Capítulo V Plan Básico de Expansión), referidos en el ofrecimiento del contratista, y detallados en la cláusula

15 No.4 del contrato, no limitan al concesionario el área material de la prestación del servicio de televisión. Esta circunstancia, fue objeto de verificación por el perito técnico, que al resolver la solicitud que sobre este particular le formulara la convocante (pág. 46 del Documento de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen), precisó:

“

(a) *OBJETO DE LA CONCESIÓN*

De acuerdo con definiciones que se mencionan a continuación, el objeto de la concesión es el territorio nacional; no se reduciría a “municipios de más de 20.000 habitantes y 14 otros municipios de menos de 20.000 habitantes”.

- *Ley 182 de 1995 (Artículo 22. Clasificación del Servicio en Función de su Nivel de Cubrimiento. Modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996. Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento)*

“

b) Televisión nacional de operación privada. Es aquella 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. “

- *Pliego de la licitación 003 de 1997:*

“Numeral 1.3 Definición geográfica del área de servicio: “La prestación del servicio público de televisión en los Canales Nacionales de Operación Privada N1 y N2, objeto de la presente licitación, será en todo el territorio nacional, en forma gradual y conforme al Plan Básico de Expansión que se establece en el presente contrato”

“Numeral 1.4 Objeto de la licitación: “El operador tendrá a su cargo la prestación del servicio público de televisión en todo el territorio nacional mediante la operación y explotación del canal respectivo, en la frecuencia o frecuencias asignadas” y en el Contrato de Concesión expresamente está definido que el objeto de la concesión es la prestación del servicio de televisión radiada abierta en todo el territorio nacional.”

- *Contrato No. 136*

OBJETO: Otorgamiento de la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada N2

CONCESIONARIO: CARACOL TELEVISIÓN S.A.

CLÁUSULA 1.- OBJETO.- El objeto de este contrato es la entrega que hace LA COMISIÓN a título de concesión al CONCESIONARIO de la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N2, de conformidad con el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997 y la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO, los cuales forman parte integral del presente contrato.

PARÁGRAFO.- El servicio de televisión objeto de esta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el Canal Nacional de Operación Privada N2 en el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión y que forma parte integral del presente contrato.

El CONCESIONARIO tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y

explotación del canal asignado; en consecuencia será programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.”

a. PLAN BÁSICO DE EXPANSIÓN

Este aspecto correspondería a lo que se presenta en la pregunta como “el área de cubrimiento objeto de la concesión (municipios de más de 20.000 habitantes y 14 otros municipios de menos de 20.000 habitantes)”

De acuerdo con el numeral 5.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997, el Plan Básico de expansión se referirá al “cubrimiento que deberán desarrollar los Operadores Nacionales Privados en las ciudades del país con una población mayor de treinta mil (30.000) habitantes, según el último censo vigente proyectado a junio de 1997.”

*Este punto del Pliego busca garantizar que el cubrimiento del servicio de televisión se desarrolle como mínimo en las ciudades definidas de acuerdo con el cronograma establecido, es decir, que el objeto del contrato se cumpla como mínimo en esas ciudades dentro del plazo establecido. **Es un requerimiento mínimo, no un cambio en el objeto del contrato ni en la definición del área de concesión.***

En la propuesta, el Concesionario presentó un plan para cubrir todos los municipios (370) de más de 20.000 habitantes y en la propuesta de cobertura se incluyeron además municipios (484) de menos de 20.000 habitantes. Todo esto como un mejoramiento del Plan Básico exigido por el Pliego.

Las modificaciones mencionadas en la respuesta a la pregunta No. 8, mediante otrosíes, acuerdos y actas de suspensión hacen referencia al cumplimiento del Plan Básico de Expansión, (que había sido mejorado en la propuesta). Las modificaciones afectan al Plan Básico de Expansión, en cuanto a obligaciones en término de plazos y municipios “(municipios de más de 20.000 habitantes y 14 otros municipios de menos de 20.000 habitantes)” de cubrimiento obligatorio.

En el Acta de Conciliación de Julio de 2001 se acuerda: “Respecto de las demás estipulaciones del Contrato de Concesión No. 136 de 1997 estas continúan vigentes y sin modificación, siempre y cuando, no sean contrarias a lo estipulado en el presente acuerdo.”. El objeto de la concesión y del contrato, y la cobertura en municipios de menos de 20.000 habitantes que se ofrece por estar dentro del área de servicio de estaciones que se instalan para cubrir los municipios a los cuales se ha obligado el Concesionario, no son estipulaciones contrarias a lo acordado. Por lo tanto deben continuar vigentes. Lo que se puede entender luego de las modificaciones es que si hay un municipio de menos de 20.000 habitantes, cuya cobertura se ofreció en la propuesta, y por alguna razón no queda cubierto por las estaciones que se instalan en ejecución del acuerdo, esa cobertura no sería exigible”.

En razón del ámbito material de la prestación del servicio objeto de la concesión, el Tribunal descarta la posibilidad de que en su ejecución se presente el fenómeno de “desbordamiento”, como circunstancia eximente del pago por utilización de una frecuencia, al darse el cubrimiento a municipios de menos de 20.000 habitantes. Además de la claridad del texto de los documentos contractuales, esta verificación la realizó el perito técnico al contestar la solicitud de aclaración de la parte convocante (No. 28 lit. c) No. Pág. 48 del documento de aclaraciones y complementaciones:

(c).- “*DESBORDAMIENTO A LOS DEMÁS MUNICIPIOS SOBRE LOS CUALES EL CONCESIONARIO NO ESTÁ OBLIGADO A CUBRIR.*”?

La cobertura de municipios de menos de 20.000 habitantes no constituye un caso de “desbordamiento”. Si la concesión es para cobertura en el territorio nacional, la cobertura de todos los municipios, incluidos los de menos de 20.000 habitantes, sea porque están dentro de la cobertura de estaciones que se instalan para cumplir la obligación de cubrir municipios de más de 20.000 habitantes o porque han sido acordados entre CNTV y los concesionarios, está haciendo uso de frecuencias (canales) asignadas en virtud de la concesión.

La cobertura de estos municipios cumple un propósito desde el punto de vista del Concesionario: es lo que hace posible optimizar o mejorar la eficiencia de la red, al permitirle configurar estaciones de cubrimiento suficientemente amplio como para cubrir al mismo tiempo más de un municipio de cubrimiento obligatorio. Y puede hacer esto porque dispone del recurso, el espectro, porque todos los municipios de cobertura de la estación están dentro de la Concesión. Esta es una forma de optimizar el uso del espectro: Si el Concesionario no dispusiera de ese recurso tendría que haber buscado soluciones de estaciones locales o de menor cobertura, para mantenerse dentro de la cobertura autorizada.

El único caso de “desbordamiento” es el de aquellos municipios para los cuales se estén utilizando más de las frecuencias (canales) asignados (los llamados “doble iluminación”). Para estos casos debería aplicar la misma consideración mencionada en el caso de CityTV.”

Por lo expuesto, el Tribunal tendrá en cuenta, en el estudio de las pretensiones principales primera, segunda y tercera, la **utilización** por el concesionario de las frecuencias asignadas por la CNTV al canal N2 para dar cobertura de servicio a los municipios de más de 20.000 habitantes y de aquellos de menor población a los que llegue la señal con la potencia establecida contractualmente, de conformidad con lo probado en el proceso.

Con los alcances y precisiones que anteceden, entra el Tribunal a realizar el análisis de los contenidos normativos de los actos administrativos que gobiernan el contrato de concesión No. 136 de 1997.

6.7.2. *Las competencias de las autoridades administrativas responsables de la Gestión del Espectro Electromagnético para el servicio público de Televisión:*

- 6.7.2.1. El Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de la Tecnología de la Información y de las Telecomunicaciones): Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias.

Corresponde al Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones) adoptar el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, de conformidad con las competencias que sobre la materia le atribuyen la Constitución Política y particularmente la ley 182 de 1995 en su artículo 23.

En lo atinente al servicio público de televisión, mediante Resolución No. 1274 de 1997⁶⁴, el Ministerio de Comunicaciones, en ejercicio de sus competencias legales, realizó el ordenamiento del espectro electromagnético y en tal virtud determinó las porciones del mismo que afectó a los diversos servicios de telecomunicaciones que requieren de su utilización.

Fueron consideraciones del Ministerio de Comunicaciones, para la expedición del acto administrativo en cita, que interesan a la solución de esta controversia, entre otras, las siguientes:

“Que las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético, comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la protección y defensa del espectro radioeléctrico, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro radioeléctrico, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto uso del espectro radioeléctrico y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades.

“Que el uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que le correspondan.

“Que es necesario contar con un cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, de tal forma que los diversos servicios de telecomunicaciones del país, operen en bandas de frecuencias definidas previamente para cada uno de ellos, a fin de asegurar su operatividad, minimizar la posibilidad de interferencias y permitir la coexistencia de servicios dentro de una misma banda de frecuencias, cuando sea el caso. (...).”

Es claro para el Tribunal, que este acto administrativo general, debió ser el observado por la Comisión Nacional de Televisión, en la elaboración del PUF que gobernó la licitación 003 de 1997, y por lo mismo, se integró al contrato de concesión No. 136 del mismo año. (Artículo 38, Ley 153 de 1887)

Sin embargo, se arrimó al expediente el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia” de 2009 (Acuerdo 003 de 2009), vigente para el año de 2010, que fue objeto de exhaustivo análisis por el perito técnico designado por el Tribunal, al responder a los requerimientos que sobre su contenido le formularon las partes. Destaca el Tribunal que este documento no estaba vigente al momento de abrirse la licitación 003 de 1997 que antecedió el contrato 136 del mismo año. Este aserto, a más de ser evidente con la sola constatación de la fecha de su expedición y entrada en vigencia, lo confirma el perito técnico al responder las preguntas del cuestionario de solicitud de aclaración y complementación al dictamen identificadas con los números 1, literal b. subnumeral ii, subliteral f., pág. 14 del Documento de Aclaraciones y Complementaciones al dictamen técnico.

La mención de este acto administrativo en el proceso, adquiere relevancia, por cuanto, además de haber sido citado por el perito en el dictamen inicial, es en este “Acto Marco” que se consigna la definición de “**factor de utilización de espectro**” traído a colación por el perito, al evacuar la pregunta No. 1 de la convocante en el dictamen inicial (págs. 3 y 4). Por ello, en la valoración de la prueba pericial, es

⁶⁴ Acto administrativo vigente para la celebración del contrato 136/97.

importante para el Tribunal determinar, de una parte, si este concepto resultaba vinculante o existía en los mismos términos para el año de 1997, cuando regía el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias adoptado por el Ministerio de Comunicaciones mediante Resolución No. 1274 de 1997, regente de la licitación 003/97 y del contrato de concesión 136/97, y de no ser así si las definiciones técnicas de este acto administrativo, traídas a colación por la pericia, pudieran constituir un elemento determinante para establecer el criterio de cobro de la tarifa que debe pagar el concesionario por la utilización del espectro radioeléctrico en la prestación del servicio de televisión, aspecto que constituye controversia puntual en este proceso.

Sobre este particular, acude el Tribunal al contenido del dictamen inicial y del documento de aclaraciones y complementaciones al mismo, en el que el señor perito conceptuó (pág. 14, Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial):

- a. *Indique si la definición técnica de “Factor de Utilización de Frecuencia” se encontraba contenida en el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias” vigente y aplicable para los años 1997 y 1998.*⁶⁵

Respuesta:

Esta definición no estaba contenida en el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias” (resolución 1274 de 1997).

En cuanto al concepto mismo de “utilización” del espectro como referente para el establecimiento de los criterios para el cobro de la tarifa, respondió el perito a la pregunta No. 1 del formulario inicial de la convocante:

“1. Cuando se puede definir que se está haciendo uso de una frecuencia para televisión abierta radiada?”

“Respuesta:

“A falta de una definición literal de “cuándo se está haciendo uso de una frecuencia para televisión radiada abierta”, y dado que las frecuencias para televisión radiada abierta son parte del espectro electromagnético, es necesario apelar a una definición más general sobre “utilización” del espectro.

“El documento del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, (página 20-21) presenta la definición de “Factor de Utilización de Espectro”, así: “La medida de la utilización del espectro o factor de utilización del espectro se define como el producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales, ...”.

“Tomando como base el concepto de “medida de utilización del espectro”, los factores para aplicarla a las frecuencias (canales) de televisión radiada abierta, serían los siguientes:

- *Anchura de banda: La anchura de banda de frecuencia de cada canal de televisión radiada abierta es de 6MHz.*

⁶⁵ Contenidas en la Resolución 1274 de 1997 y el Decreto 555 de 1998, respectivamente.

- *Espacio geométrico: El área de cobertura en cada municipio o área municipal (El anexo Mo. 3 del Pliego de Condiciones de la Licitación No. 003 de 1997 indica que las tablas del PUF “presentan utilización de frecuencias por departamento especificando las frecuencias por municipio, entendiéndose que abarca .en cubrimiento- el casco urbano y el área rural”).*
- *Tiempo denegado a otros usuarios potenciales: El tiempo durante la vigencia de la asignación de las frecuencias (canales) a los operadores de televisión.
El tiempo denegado a otros usuarios potenciales, desde el punto de vista de gestión y control del espectro, corresponde a la duración de la licencia de concesión a partir de la asignación (legalización del contrato), puesto que la asignación de una frecuencia (canal) para televisión radiada abierta en un municipio o área municipal ya determina que la misma frecuencia (canal) no puede ser utilizada o asignada a un operador o servicio distinto al que recibió la asignación.
La aplicación de este concepto indica que desde el punto de vista de administración del espectro se está haciendo uso de una frecuencia (canal) para televisión radiada abierta a partir de la asignación de esa frecuencia (canal) a un operador de este servicio.
Este es el criterio que se aplica por ejemplo para efecto de cobro del espectro para aplicaciones tales como enlaces de microondas. Los pagos por el uso del espectro se realizan a partir de la asignación de las frecuencias en que van a operar los enlaces independientemente de si los enlaces se ponen a funcionar o no. (...).”*

De esta forma, si bien en el criterio del perito técnico, “la aplicación de este concepto indica que desde el punto de vista de administración del espectro se está haciendo uso de una frecuencia (canal) para televisión radiada abierta a partir de esa frecuencia (canal) a un operador de este servicio”, advierte también que “Desde el punto de vista del usuario se podría decir que el uso de la frecuencia para televisión radiada abierta en un municipio (cabecera municipal) o zona de un municipio (para los casos en los cuales el PUF asigna a un mismo municipio más de una frecuencia o canal por razones geográficas o de topología) se cumple cuando con señales de esa frecuencia (canal) se cubre el área geográfica para la cual se ha hecho la asignación, es decir cuando en esa zona se reciben señales de esa frecuencia (canal) con intensidad de campo mayor o igual a los valores mínimos definidos en el Plan de Utilización de Frecuencias (PUF).”

Sobre este mismo aspecto, conceptuó el perito al atender el requerimiento de aclaración (pregunta No. 1, a.) del apoderado de CARACOL en el sentido de indicar si la definición técnica de “factor de utilización del espectro” que se encuentra contenida en la parte general del “Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias” vigente para el año 2010, “se encuentra contenida en el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia” en la Sección I Términos Generales:

“La definición mencionada está contenida en el “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias”, acuerdo 003 de 2009, vigente para el año 2010, así:

“CAPÍTULO II. TERMINOLOGÍA.

“En este capítulo se tratan los términos y definiciones que se encuentran frecuentemente en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, tanto en las bandas de frecuencias como en las notas. Así mismo, para los efectos del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia, los términos y

*definiciones que figuran a continuación tendrán el significado definido para cada uno de ellos. **No obstante, dichos términos y definiciones no serán necesariamente aplicables en otros casos.***

De otra parte, al contestar la pregunta 7 del formulario inicial de la convocante (pág. 9 del dictamen), el perito reiteró que “*se considera cubierta una localidad con la señal de determinada frecuencia (canal) de televisión, cuando la señal de esa frecuencia (canal) se recibe con un nivel de intensidad de campo igual o superior al mínimo establecido por la CNTV.*”

De todo lo anterior, concluye el Tribunal:

1. Que no existía un concepto de “factor de utilización de espectro” al propósito de determinar cuánto de este bien era “utilizado” por un operador en la prestación del servicio, para la época de la Licitación Pública No. 003 de 1997.
2. Que, el concepto de “factor de utilización de espectro”, de conformidad con su definición en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias vigente para el año 2010, no constituye el factor de cobro de la utilización de las frecuencias que integran el espectro. En efecto, el “factor de utilización del espectro, en los términos de la norma en cita, es “el producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios”.
3. Que en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, vigente para el momento de la licitación pública 003/97 y la celebración del contrato 136 del mismo año, así como en el expedido en el año 2009, para entrar en vigencia en el 2010, ninguna previsión se hizo para el establecimiento de un criterio normativo de cobro de la frecuencia utilizada en un determinado servicio de telecomunicaciones.
4. Que particularmente, en cuanto hace al servicio público de televisión, es claro para el Tribunal que la competencia para la determinación del criterio para el establecimiento de los montos que han de sufragar los concesionarios del servicio por concepto de la concesión del mismo y por la utilización del espectro, es privativa de la Comisión Nacional de Televisión. Las funciones del Ministerio del Ramo, se restringen –en punto al servicio de televisión- a la **ATRIBUCIÓN del espectro destinado al mismo. Su ASIGNACIÓN, ORDENACIÓN y MÉTODOS DE COBRO por su UTILIZACIÓN corresponden a la CNTV.** El marco normativo de su competencia, fue ya descrito por el Tribunal en este laudo, y corroborado por el perito técnico, que al responder el requerimiento del apoderado de la convocante en materia de la normativa vigente referida a la contraprestación por la prestación del servicio de televisión, confirmó el aserto del Tribunal (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, págs. 10 a 12.), y precisó que:

“En los decretos citados se dispone, efectivamente, que “La competencia en materia de contraprestaciones que se causen por las frecuencias atribuidas por el Ministerio de Comunicaciones al servicio de televisión está a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, en los términos y condiciones establecidos en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996”.

6.7.2.2. La Comisión Nacional de Televisión:

Obran en el expediente, los actos administrativos que en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales expidió la Comisión Nacional de Televisión, y que tienen

relevancia en el análisis del contenido del contrato de concesión No. 136/97 que adelanta el Tribunal. De estas disposiciones se destacan:

a) Resolución No. 094 del 9 de abril de 1997 “Por el cual se adopta el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para la Televisión”.

Fueron, entre otras, consideraciones de la Comisión Nacional de Televisión para la expedición del acto administrativo en cita:

“Que en cumplimiento de lo establecido por el artículo 28 ibídem, el Ministerio de Comunicaciones contrató un estudio de Atribución de Bandas de Frecuencias para el servicio de televisión, que contenía el inventario de las frecuencias del espectro electromagnético; el cual fue entregado a la Comisión Nacional de Televisión, en debida oportunidad.

“Que para conocer en forma más detallada el uso actual y la disponibilidad de frecuencias en las bandas VHF y UHF y así tener una plataforma técnica suficiente para tomar las decisiones correspondientes al ordenamiento y posterior reordenamiento del espectro electromagnético para televisión, ordenado por la ley, fue necesario complementar el estudio antes mencionado, lo cual se llevó a cabo a través del contrato celebrado con TELECOM-ITEC.

“Que con fundamento en el resultado del plan de frecuencias entregado por TELECOM-ITEC, la Comisión Nacional de Televisión, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 182 de 1995, y previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones (...), se llevó a cabo el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para televisión, el cual se conforma así:

• **“ESTRUCTURA BÁSICA:**

“La estructura básica del plan comprende las frecuencias para las siguientes cadenas nacionales en configuración híbrida de las bandas VHF y UHF:

“Una (1) Cadena Nacional correspondiente a los canales regionales existentes y potenciales;

“Tres (3) cadenas nacionales existentes: Cadena UNO, Canal A y Señal Colombia.

“Dos (2) nuevas cadenas nacionales “N1” y “N2”, balanceadas en la utilización de las bandas de frecuencias VHF y UHF desde el punto de vista de cobertura poblacional.

“Una (1) cadena nacional “N3XEL”, representada por estaciones locales en las capitales de departamento y poblaciones de más de 100.000 habitantes.

“Igualmente se presenta un conjunto de frecuencias en la banda UHF para estaciones locales de televisión.

“Para los efectos poblacionales se tomó como referencia el censo del DANE de 1993 proyectado a junio de 1997.

• **“CONDICIONES TÉCNICAS:**

“Incluye los parámetros técnicos generales que se deben cumplir y la estructura e información del documento de diseño técnico que los operadores deben presentar a la CNTV para su revisión y visto bueno en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, antes de su implementación.

“(…).

“Los resultados se presentan por Departamento, especificando frecuencias en cada uno de los municipios, entendiéndose que abarca el cubrimiento del casco urbano y del área rural correspondiente.”

b) El Plan de Utilización de Frecuencias – PUF-

En cumplimiento de las funciones que le atribuye el legislador, el 16 de junio de 1997, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN expidió el **PLAN DE UTILIZACIÓN DE FRECUENCIAS – CANALES NACIONALES**⁶⁶.

Este acto administrativo, de carácter general, regente de la concesión que aquí se analiza en lo concerniente a la utilización de las frecuencias asignadas a la Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional para la Operación de Canales Privados, contiene en la primera parte *“las condiciones técnicas generales que el operador de un canal privado debe cumplir, así como la información que debe presentar a la Comisión Nacional de Televisión para su aprobación”*; y en la segunda parte del mismo *“se presentan las diferentes frecuencias planteadas para la difusión de señales de televisión, para los canales privados de tv.”*

Advierte el PUF, al formular las CONDICIONES TÉCNICAS que deben tener en cuenta los operadores del servicio al diseñar sus redes, que *“los parámetros técnicos están sujetos a cambios y/o actualización, dependiendo principalmente de los avances tecnológicos.”*

De las disposiciones del PUF en cuanto hace a los PARÁMETROS TÉCNICOS GENERALES de la prestación del servicio, observa el Tribunal que hacen relación a las **“CONDICIONES DE OPERACIÓN”** generales que se imponen por el ente regulador como condiciones de mínima observancia por los operadores del servicio, en punto a la ubicación de las estaciones de difusión, potencia, altura, potencia isotrópica efectiva radiada, configuración y ganancia de las antenas de transmisión, utilización del intervalo de Supresión de Trama, con el fin de cubrir, a través de las frecuencias asignadas, áreas determinadas.

Llama la atención del Tribunal, en cuanto tiene relación con la controversia que define, las prescripciones contenidas en el PUF, en el capítulo denominado

⁶⁶ El Acuerdo 021 del 16 de junio de 1997 “Por el cual se adoptan los Planes de Utilización de Frecuencias para los servicios de televisión”.

Obra en el expediente el Acuerdo 021 del 16 de junio de 1997 expedido por la CNTV en su condición de ente regulador del servicio de televisión. De este acuerdo, destaca el Tribunal a los efectos de la decisión que adopta, las consideraciones de la Comisión, al expedir el acto administrativo en cita:

“Que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 182 de 1995, mediante Resolución 001274 del 4 de marzo de 1997, el Ministerio de Comunicaciones efectuó la atribución de frecuencias del espectro electromagnético para el servicio de televisión, y por resolución No. 094 expedida por esta Junta el 9 de abril de 1997 se adoptó el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para televisión.”

“Que cumplido lo anterior, conforme a lo establecido por el artículo 16 de la ley 335 de 1996, se hace necesario adoptar los Planes de Utilización de Frecuencias para los distintos servicios de televisión, con base en los cuales se harán las respectivas asignaciones de frecuencias a los operadores de dichos servicios.”

“ESTUDIO TÉCNICO”. Destaca el Tribunal, a los efectos de este Laudo, la advertencia que se consigna en este capítulo por el ente regulador del servicio, respecto de las variaciones que pudiera tener la asignación de frecuencias por municipios, **“en la medida que los estudios técnicos determinen sitios que puedan cubrir simultáneamente varias poblaciones, optimando el espectro radioeléctrico atribuido al servicio de televisión.”**

Es entonces evidente que el planteamiento geográfico que se hace en el PUF, tiende a prever a través de qué frecuencia puede el concesionario cumplir con el cubrimiento territorial ofrecido con su propuesta –ofrecimiento que se integró al contrato de concesión-, o mediante la utilización de cuál de las frecuencias ASIGNADAS al Canal respectivo, puede cubrirse una determinada área, en cumplimiento de los compromisos contractuales. **Mal puede interpretarse de otra manera, puesto que el objeto mismo del Plan de Utilización de Frecuencias, como su nombre lo indica, es precisamente, realizar la planeación del espectro ATRIBUIDO al servicio de televisión y cuya administración se encuentra a cargo de la CNTV, en punto a la UTILIZACIÓN por los operadores de las frecuencias ASIGNADAS por la misma autoridad a los Canales concesionados a los operados para la prestación del servicio de televisión, de forma ordenada y sin irrupciones, interrupciones, alteraciones, invasiones o interferencias que impactarían negativamente la prestación de los servicios de televisión, que de modo simultáneo se prestan en el territorio nacional por distintos operadores y en diversas modalidades⁶⁷.**

Observa el Tribunal que el PUF no contiene, ni puede contener una formulación estática de la prestación del servicio. Por el contrario, la planeación de la utilización de frecuencias es un instrumento que debe someterse a la evolución de la tecnología en esta materia y a los modos posibles de optimización del espectro.

Por lo anterior, es claro para el Tribunal que el PUF, es el instrumento o herramienta normativa que permite a la CNTV ordenar y ASIGNAR el espectro ATRIBUIDO por el Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones) al servicio público de televisión, a fin de lograr el adecuado cubrimiento en todo el territorio, y por lo mismo, es esencialmente cambiable y adecuado a las necesidades del servicio y de su expansión.

De esta manera, encuentra el Tribunal que la CNTV en el PUF, **ASIGNÓ a los canales N1 y N2 -y dentro de ellos al canal N2 que posteriormente fue objeto del contrato de concesión 136/97, las frecuencias de las bandas ATRIBUIDAS por el Ministerio al servicio de televisión.**

Así, encuentra el Tribunal que lo que hace la CNTV en el PUF, es determinar la frecuencia que debe utilizar el operador de un canal para servir determinados municipios que integran un área o zona específica, y sólo a través de ella, mediante su utilización por el operador que la tenga asignada, podrá cumplirse con la prestación del servicio en un área (geográfica) específica de servicio. Todo ello con el fin de evitar las interferencias con otros operadores (del mismo servicio o de servicios diversos).

Pretender que la organización territorial del PUF es el criterio para el cobro de la totalidad de las frecuencias que asigna a los canales a las tarifas dispuestas para la

⁶⁷Sobre este particular, Ver, Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico: Pág 14, respuesta pregunta g.; pág. 17, resp. Pregunta c.; pág.21 a 24, resp. Pregunta 7, 8 y 9. Pág. 30, resp a pregunta 15-d., pág. 35, resp. A preg. 23., pág. 37 resp a preg. 25-a-b-c-

prestación del servicio en la totalidad de los municipios del país, es hacer decir a este acto administrativo lo que él nunca previó. En efecto:

- (i) El Plan de Utilización de Frecuencias no define lo que entiende por utilización o uso de las frecuencias que asigna, y mucho menos es el acto administrativo mediante el cual la CNTV fija los precios por la utilización o uso de las frecuencias por el Concesionario del servicio. El PUF se limita a ordenar el espectro atribuido al servicio y asignar las frecuencias a los canales previstos para su prestación y que deberán utilizar los operadores de los mismos, para el cubrimiento de las áreas allí definidas.
- (ii) Es claro que la organización territorial consignada en el PUF, pretende garantizar que la arquitectura de la red del operador, atienda y se compagine con la asignación de las frecuencias dispuestas por canales, de modo tal que la prestación del servicio por los operadores se realice efectivamente a través de aquellas que han sido asignadas al canal cuya operación le corresponda en virtud del contrato de concesión respectivo.

Por lo anterior, es claro para el Tribunal que, como enseguida se explica, el establecimiento de los valores a cargo del concesionario por el uso de las frecuencias asignadas al Canal cuya operación se le concede en virtud del contrato, no se dio en el Plan de Utilización de Frecuencias – PUF, y mal pudiera servir de fundamento para tal fin, puesto que no fue esa la finalidad de dicho acto administrativo, como ya se explicó.

Concluye el Tribunal que si bien la ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS realizada en el PUF tiene como propósito identificar las áreas geográficas de cubrimiento por el concesionario, a través de las frecuencias destinadas a tal fin, ello sólo obedece, como dan cuenta los considerandos del mismo antes explicados en este Laudo, a un ordenamiento racional del servicio, con el fin de evitar la utilización o uso por los operadores de las frecuencias asignadas a canales distintos a los que le fueran concedidos.

Por las razones expuestas, no encuentra el Tribunal que el criterio invocado por la convocada para el cobro por “uso” de la totalidad de las frecuencias asignadas a los canales sea la organización territorial o por áreas geográficas de cubrimiento determinadas en el PUF. La organización territorial del PUF, a los efectos del cobro, sirve de referente para verificar el uso de la frecuencia por el operador en el área predeterminada en ese acto administrativo; pero mal pudiera servir de criterio para el cobro de frecuencias que si bien han sido asignadas a los canales para el cubrimiento de determinadas áreas geográficas no estén siendo **efectivamente utilizadas** por el concesionario, por no encontrarse prestando el servicio en dichas áreas.

c) La Resolución 429 del 18 de septiembre de 1997 “Por la cual se fijan las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias para los Canales Nacionales de Operación Privada”.

Acto administrativo particular que se integra a los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997. Es éste, a juicio del Tribunal, un acto administrativo ejecutor de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, para su aplicación en el contrato que llegare a celebrarse como consecuencia de la adjudicación de esta convocatoria pública, y constituye el acto administrativo mediante el cual la CNTV establece los valores a cargo del concesionario por el **USO** de las frecuencias asignadas al canal cuya operación le concede el contrato.

Observa el Tribunal que este acto administrativo determina un valor unitario por frecuencia, sin relación alguna al espacio geográfico de su utilización. Se limita la CNTV en este acto a definir el valor de las frecuencias, previamente asignadas a los canales N1 y N2, cuya operación constituía el objeto de la licitación 003/97, y de las que por disposición normativa superior y por la misma necesidad del servicio (referida a la expansión del mismo), “*harán uso los operadores privados del servicio público de televisión*”, y los plazos en los cuales habría de producirse el pago.

Fueron decisiones de la CNTV en este acto administrativo, que resultan relevantes para las decisiones que adoptará el Tribunal al resolver la controversia, entre otras, las siguientes:

“Artículo primero: Establecer las siguientes tarifas anuales para las frecuencias asignadas a cada uno de los Canales Nacionales de Operación Privada (N1-N2) en el Plan de utilización de Frecuencias de Televisión y de las cuales harán uso los operadores privados del servicio público de televisión, así:

CANAL N1.

Total Frec. VHF	Valor unitario Frec. VHF	Subtotal	Total Frec. UHF	Valor unitario Frec. UHF	Subtotal	Total
747	\$1.241.830	326	326	\$1.117.647	\$364.352.922	1.291.999.932

CANAL N2.

Total Frec. VHF	Valor unitario Frec. VHF	Subtotal	Total Frec. UHF	Valor unitario Frec. UHF	Subtotal	Total
677	\$1.241.830	\$840.718.910	396	\$1.117.647	\$442.588.212	1.283.307.122

“(….)

*“Artículo Tercero: Los concesionarios de Canales Nacionales de Operación Privada pagarán a la Comisión Nacional de Televisión **la suma liquidada**, en cuotas semestrales iguales en las siguientes fechas:*

CAUSADO ENTRE	ANTES DE
1 DE ENERO Y EL 31 DE MARZO	ANTES DEL 15 DE MAYO
ENTRE EL 1 DE ABRIL Y 30 DE JUNIO	ANTES DEL 15 DE AGOSTO
ENTRE EL 1 DE JULIO Y 30 DE SEPTIEMBRE	ANTES DEL 15 DE NOVIEMBRE
ENTRE EL 1 DE OCTUBRE Y EL 31 DE DICIEMBRE	ANTES DEL 15 DE FEBRERO DEL AÑO SIGUIENTE

“(…).”

Del texto de la Resolución 429 de 1997, concluye el Tribunal que:

- (i) **En este acto administrativo se establece el valor unitario de las frecuencias previamente asignadas a los canales N1 y N2 en el PUF, y “de las cuales harán uso los operadores privados del servicio público de televisión”.**

- (ii) **Que ningún referente, distinto a la formulación pura y simple de los valores unitarios por frecuencias, se utilizan por la CNTV al expedir el acto administrativo en cita.**
- (iii) **Que la claridad de las previsiones consignadas en la Resolución 429/97, no admiten interpretación extensiva a supuestos distintos a los expresamente consignados en su texto, por lo que mal pudiera el Tribunal, como intérprete de su contenido, “adicionar” el acto administrativo con hipótesis o referentes de cobro no previstos en él.**
- (iv) **Que por lo anterior, la única interpretación posible del texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 deberá hacerse por las efectivamente utilizadas por los concesionarios.**
- (v) **Que, tal como lo estableciera el Tribunal, de conformidad con las pruebas recaudadas en el trámite, en los términos del contrato de concesión No. 136 de 1997, se entiende por uso efectivo de las frecuencias asignadas al canal N2, la utilización de la frecuencia (canal) “desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal. Es decir desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación. Como se trata de un sistema de comunicaciones hay elementos básicos: un emisor (la estación transmisora), el medio de transmisión (el espacio en la zona de cobertura) y receptores actuales o potenciales, ubicados dentro del área de cobertura.” (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico, pág. 15, respuesta a la solicitud No. 1, lit. g. de la convocante).**
- (vi) **Que, de conformidad con la prueba pericial financiera y contable practicada en el proceso, actualmente el concesionario utiliza, en los términos antes establecidos, 771 frecuencias⁶⁸ en la prestación del servicio público de televisión y en consecuencia, debe, a la luz de la ley, los reglamentos y el contrato, pagar los valores correspondientes, según su fijación en la Resolución 429/97.**

d) Acuerdo No. 003 de 2009 “Por medio del cual se adoptan el Plan de Utilización de Frecuencias y los límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos.

El Plan de Utilización de Frecuencias fue objeto de actualización por la CNTV mediante Acuerdo No. 003 de 2009. En punto a las consideraciones de la CNTV en la expedición de este Acuerdo relacionadas con la controversia que se decide, destaca el Tribunal, entre otras, las siguientes, que demuestran, inequívocamente el carácter dinámico y la capacidad de ajuste a las necesidades y a la expansión del servicio propias de este acto administrativo:

“ACTUALIZACIÓN DEL REGISTRO DE FRECUENCIAS.

“Que mediante Acuerdo 021 expedido por la Junta Directiva el 16 de junio de 1997, se adoptaron los Planes de Utilización de Frecuencias para los servicios de televisión.

“Que los Planes de Utilización de Frecuencias, por su carácter dinámico, tienden a modificarse y ajustarse a medida de que se van implementado los

⁶⁸ Dictamen Financiero – Contable Inicial, pág. 31, resp. A pregunta 8 de la convocante; y Documento de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Financiero Contable, resp. A pregunta 13 de la convocante.

sistemas de transmisión, buscando un mejor aprovechamiento y administración del espectro.

Y luego de hacer una extensa descripción de las modificaciones que se habían dado al Plan de Utilización de Frecuencias para el servicio de televisión en 1997, dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Adoptar el Plan de Utilización de Frecuencias en lo relacionado con las condiciones que deben cumplir las estaciones de difusión de televisión para permitir su instalación en áreas urbanas y rurales de los municipios, así como para ajustar otras especificaciones técnicas, en la forma en que aparece en el ANEXO 1 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, del presente Acuerdo, el cual constituye parte esencial del mismo.

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Adoptar el Plan de Utilización de Frecuencias en lo relacionado con registro de frecuencias de televisión, en la forma en que aparece en el ANEXO 2, REGISTRO DE FRECUENCIAS del presente Acuerdo, el cual constituye parte esencial del mismo. La Comisión Nacional de Televisión continuará haciendo las respectivas asignaciones o modificaciones de frecuencias a través de resolución expedida por la Junta Directiva de la CNTV.

“(…).

“ARTÍCULO CUARTO.- Derogar los Acuerdos No. 021 de 1997, No. 027 de 1997, No. 034 de 1998 y No. 045 de 1998, por los cuales se adoptaron y se modificaron los Planes de Utilización de Frecuencias para todas las modalidades de televisión.

Por su parte en el ANEXO 1 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS del Acuerdo 003 de 2009, en cuanto hace a la ubicación de las estaciones y el peso que en la adopción del Plan de Utilización de Frecuencias tenía la ubicación geográfica de las mismas, dispuso el mencionado acto administrativo:

“3. PARÁMETROS TÉCNICOS GENERALES DE LAS ESTACIONES DE RADIODIFUSIÓN DE TELEVISIÓN.

“3.1 Ubicación de la estación.

“Se define como el lugar autorizado para la instalación del sistema de transmisión de una estación de radiodifusión de televisión. Los diferentes sistemas de transmisión podrán ubicarse en áreas urbanas o rurales, siempre y cuando cumplan con las condiciones técnicas establecidas en este Plan y con las autorizaciones urbanísticas, ambientales, sanitarias y las restricciones de seguridad aérea expedidas por los organismos competentes.

“3.2 Sistema de referencia geográfico.

“Con el fin de establecer un solo sistema de referencia para la ubicación de las estaciones, haciendo uso de coordenadas geográficas mediante el empleo de herramientas computacionales y buscando precisión y compatibilidad con los sistemas de posicionamiento global, se establece como sistema de referencia el MAGNA – SIRGAS, adoptado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, como único dato oficial de Colombia, mediante resolución No.068 del 28 de enero de 2005.

“Este sistema deberá utilizarse en la presentación de la información contenida en los estudios técnicos de las estaciones y demás datos de ubicación que sean presentados a la CNTV.

“Para este efecto, los datos que se encuentren asociados a otro sistema, deberán ser convertidos el MAGNA – SIRGAS, aplicando los parámetros de transformación oficiales del IGAC.

“(…)”

“9. ESTUDIO TÉCNICO.

“Para la realización del estudio técnico de creación de una nueva estación de radiodifusión de televisión o modificar una actual, en áreas urbanas o rurales, de cualquier potencia, se requiere tener en cuenta las siguientes condiciones:

“9.1 Consideraciones técnicas.

“Los operadores de televisión que pretendan crear una nueva estación de televisión o modificar una actual, deberán presentar a la CNTV un estudio técnico con los parámetros de información solicitada e indicada en el presente documento, de tal forma que atienda las condiciones de servicio establecidas por la CNTV.

“La asignación de frecuencias por municipio podrá tener variaciones en la medida en que los estudios técnicos determinen sitios que puedan cubrir simultáneamente varias poblaciones y/o permitan optimizar el espectro radioeléctrico atribuido al servicio de televisión.

“Dentro de la información que el operador debe presentar en el estudio técnico, es necesario incluir:

“(…)”

Al describir el ALCANCE DEL REGISTRO DE FRECUENCIAS QUE ADOPTA, el Acuerdo 003 de 2009, dispone:

“El PLAN DE UTILIZACIÓN DE FRECUENCIAS en lo relacionado con el REGISTRO DE FRECUENCIAS presenta el PLAN DE DISTRIBUCIÓN DE CANALES a utilizarse en el servicio de televisión radiodifundida, el REGISTRO DE ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS en donde se indica la asignación de frecuencias para los canales nacionales privados y públicos, regionales, locales con y sin ánimo de lucro, así como el REGISTRO DE DISPONIBILIDAD DE FRECUENCIAS.”

6.7.3. Los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997.

De la normativa de los pliegos de condiciones de la licitación pública 003 de 1997, que antecedió la celebración del contrato de concesión No. 136 de 1997, destaca el Tribunal a los efectos de la controversia en estudio:

“1.3 Definición geográfica del área de servicio.

*“La prestación del servicio público de televisión en los canales nacionales de operación privada N1 y N2, objeto de la presente licitación, **será en todo el territorio nacional**, en forma gradual y conforme al Plan Básico de Expansión que se establece en el presente pliego de condiciones”*

“1.4 Objeto de la Licitación.

“La Comisión Nacional de Televisión, mediante licitación pública No. 003 de 1997, invita públicamente a las sociedades anónimas que reúnan las exigencias que este pliego de condiciones determina, a presentar propuesta para el otorgamiento de las concesiones para la operación y explotación de los Canales Nacionales de Operación Privada. Esta licitación tiene por objeto:

- a) La adjudicación de la concesión de un (1) Canal Nacional de Operación Privada, que para efectos de este documento se denominará (N1), en las condiciones, términos y frecuencias que se determinan en este pliego de condiciones.*
- b) La adjudicación de la concesión de otro Canal Nacional de Operación Privada, que para efectos de este documento se denominará (N2), en las condiciones, términos y frecuencias que se determinan en este pliego de condiciones.*

“El operador tendrá a su cargo la prestación del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal respectivo, en la frecuencia o frecuencias asignadas.

“La operación y explotación de los Canales Nacionales de Operación Privada que se adjudicarán están sujetos a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la Comisión Nacional de Televisión.”

(...).

“CAPÍTULO III.

“III. RÉGIMEN FINANCIERO.

“3. Régimen Tarifario de Pago.

“3.1 Por la adjudicación de la concesión.

“Por la adjudicación de la concesión, cada uno de los concesionarios pagará una suma equivalente a (...).

“3.2 Por la utilización de las frecuencias.

“La adjudicación y uso del conjunto de frecuencias para cada uno de los canales, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución No. 429 del 18 de septiembre de 1997 (Anexo No. 4) de la Comisión Nacional de Televisión, la cual hace parte integral del presente pliego de condiciones, y será cancelada por el concesionario en la forma allí establecida.

“Las frecuencias que la Comisión Nacional de Televisión asignará en la presente licitación para los Canales Nacionales de Operación Privada N1 y N2 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias (anexo 3).

“3.3 Aporte al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública.

“(...).

“3.4 Aceptación de régimen tarifario.

“Es un requisito indispensable (RI) que el proponente manifieste en la Carta de Presentación de la Oferta (Anexo No. 1), su aceptación expresa del régimen tarifario y su compromiso, en caso de ser beneficiario de la adjudicación de la concesión, de cancelar en el tiempo aquí previsto las tarifas contempladas en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 de este capítulo.

“(...).

“4.2 Aspectos de Evaluación.

“4.2.1 Red de Transporte.

“(...).

“4.2.2 Red de difusión en los siguientes aspectos:

“a. Especificaciones Técnicas de los sistemas de transmisión de televisión.

“Con el fin de garantizar el comportamiento adecuado de los equipos del sistema. La homologación de los equipos de transmisión se llevará a cabo de acuerdo a la clasificación de la estación en forma general: Equipos de Transmisión para estaciones de alta, media, baja y muy baja potencia. Lo anterior con base en las consideraciones técnicas del Plan de Utilización de Frecuencias para el Servicio de Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional. El proponente deberá indicar todos los datos requeridos en el Plan respecto a los equipos de transmisión.

“La homologación de los equipos de transmisión y las condiciones de los equipos definidos en los planes de utilización, constituyen pre-requisito para la aprobación técnica de las estaciones.

“Estaciones utilizadas para lograr el cubrimiento deseado.

“El proponente deberá indicar las estaciones de transmisión proyectadas y la clasificación de las mismas, utilizando las frecuencias previstas en el Plan de Utilización de Frecuencias para el Servicio de Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional para Operación de Canales Privados.

“Desde el punto de vista de planificación se debe indicar las áreas de servicio con respecto a las ciudades a cubrir a partir del Plan Básico de Expansión previsto en el numeral 6.1 del Capítulo VI.

“c. Tratamiento de Interferencias por parte de los operadores.

“El proponente deberá desarrollar de forma integral este literal siguiendo estrictamente los elementos desarrollados en el Plan de Utilización de Frecuencias para el Servicio de Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional para Operación de Canales Privados.

“d. Manejo de la Orientación de la Antena Receptora del Televidente.

“Esta consideración tiene que ver con la ubicación de la estación transmisora con relación a las antenas receptoras del televidente, el

número de antenas de recepción a utilizar y su orientación, teniendo en cuenta las transmisiones existentes y las proyectadas en el Plan de Utilización de Frecuencias para el Servicio de Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional para Operación de Canales Privados.

“(…).

Observa el Tribunal que refieren los pliegos de condiciones de la licitación 003 de 1997 en cuanto hace al cobro de las frecuencias a utilizarse por los operadores – concesionarios a la prestación del servicio de televisión a los actos administrativos antes citados y explicados por el Tribunal respecto de su contenido y alcances.

De esta manera, concluye el Tribunal que ningún otro criterio, distinto al consignado en la Resolución 429/97, se incluyó en los pliegos de condiciones en punto a referentes para el cobro de los valores establecidos en ese acto administrativo por el uso de las frecuencias, razón por la cual, es claro para el Tribunal que el pacto contractual en esta materia se restringe a lo establecido en dicho acto administrativo.

6.7.4. La oferta del concesionario.

En la Carta de Presentación de la oferta, el concesionario –entonces proponente– manifestó que aceptaba *“el régimen tarifario que sobre el particular ha expedido la Comisión Nacional de Televisión y a cancelarlas conforme a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones.”*

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, es claro para el Tribunal que la aceptación del entonces oferente al presentar su propuesta respecto del “régimen tarifario” se encuentra referida –en cuanto hace al valor por el uso de las frecuencias– a los valores establecidos por la Resolución 429/97.

6.7.5. El contrato de concesión No. 136 de 1997.

En relación con la obligación de pago asumida por el concesionario de los valores dispuestos por el uso de las frecuencias asignadas al Canal N2 para la prestación del servicio a su cargo, en el área de cubrimiento pactada, dispone la cláusula novena del contrato:

“CLÁUSULA 9.- VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO. La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida.

“Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N1 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias.”

Nuevamente advierte el Tribunal que nada distinto a lo hasta aquí expuesto, surge del pacto expreso de las partes. El concesionario se obligó a cumplir con lo dispuesto por la Resolución 429/97 en cuanto hacía a los valores que debía sufragar por la utilización de las frecuencias asignadas al Canal cuya operación le había sido concedida.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal, que el concesionario se encuentra obligado al pago de **771** frecuencias que **UTILIZA o USA** en la prestación del servicio de televisión, en los términos antes explicados en este Laudo.

De este modo, el monto que ha debido pagar el concesionario CARACOL TELEVISIÓN S.A. a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN por la utilización o uso de las frecuencias asignadas al Canal N2, de conformidad con los valores establecidos por la Resolución 429 de 1997 es **\$13.607.823.120**, de conformidad con el criterio de cobertura efectiva, antes explicado, y con los siguientes parámetros de cálculo que el Tribunal extrae del dictamen pericial contable:

- a) Se toman los datos presentados en el anexo 7-1 del informe de aclaraciones y complementaciones, esto es, la diferencia entre el cálculo de la “Liquidación de Frecuencias VHF y UHF en todos los municipios cubiertos”, y el valor real cobrado por la Comisión Nacional de Televisión en forma mensual.
- b) El valor mensual del punto anterior, con el IPC, así, desde la fecha en que se presenta la diferencia, y hasta la fecha del laudo, utilizando el último IPC certificado por el DANE, que corresponden al mes de febrero de 2011, presentando los siguientes resultados:

FRECUENCIA	CAPITAL	
	INICIAL	ACTUALIZADO
VHF	3.971.688.983	5.736.594.226
UHF	5.569.306.312	7.871.228.894
TOTAL	9.540.995.296	13.607.823.120

Los cálculos efectuados fueron los siguientes:

FRECUENCIAS VHF

CAPITAL INICIAL	PERIODO		ACTUALIZACIÓN			CAPITAL ACTUALIZADO
	Desde	Hasta	IPC Inicial	IPC Final	Factor	
25.918.490	01/07/1998	30/08/2010	51,27	106,83	2,083674664	54.005.700
38.881.646	01/08/1998	30/08/2010	51,29	106,83	2,082862156	80.985.108
38.517.602	01/09/1998	30/08/2010	51,44	106,83	2,076788491	79.992.913
37.627.399	01/10/1998	30/08/2010	51,62	106,83	2,069546687	77.871.659
38.881.646	01/11/1998	30/08/2010	51,71	106,83	2,065944692	80.327.329
37.627.399	01/12/1998	30/08/2010	52,18	106,83	2,047336144	77.035.934
38.881.646	01/01/1999	30/08/2010	53,34	106,83	2,002812148	77.872.632
48.855.291	01/02/1999	30/08/2010	54,24	106,83	1,969579646	96.224.386
44.127.359	01/03/1999	30/08/2010	54,75	106,83	1,951232877	86.102.754
48.855.291	01/04/1999	30/08/2010	55,18	106,83	1,936027546	94.585.189
47.279.314	01/05/1999	30/08/2010	55,45	106,83	1,926600541	91.088.351
48.855.291	01/06/1999	30/08/2010	55,60	106,83	1,921402878	93.870.696
47.279.314	01/07/1999	30/08/2010	55,77	106,83	1,915545992	90.565.700
48.855.291	01/08/1999	30/08/2010	56,05	106,83	1,905976806	93.117.051
48.763.970	01/09/1999	30/08/2010	56,24	106,83	1,899537696	92.629.000
39.544.870	01/10/1999	30/08/2010	56,43	106,83	1,893141946	74.864.052
38.814.013	01/11/1999	30/08/2010	56,70	106,83	1,884126984	73.130.530
37.273.770	01/12/1999	30/08/2010	57,00	106,83	1,874210526	69.858.892

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

38.516.229	01/01/2000	30/08/2010	57,74	106,83	1,850190509	71.262.362
45.577.496	01/02/2000	30/08/2010	59,07	106,83	1,808532250	82.428.372
41.552.781	01/03/2000	30/08/2010	60,08	106,83	1,778129161	73.886.212
32.289.153	01/04/2000	30/08/2010	60,68	106,83	1,760547132	56.846.576
28.260.125	01/05/2000	30/08/2010	60,99	106,83	1,751598623	49.500.396
25.545.232	01/06/2000	30/08/2010	60,98	106,83	1,751885864	44.752.332
24.721.193	01/07/2000	30/08/2010	60,96	106,83	1,752460630	43.322.917
24.959.747	01/08/2000	30/08/2010	61,15	106,83	1,747015536	43.605.066
24.873.009	01/09/2000	30/08/2010	61,41	106,83	1,739618955	43.269.558
24.070.654	01/10/2000	30/08/2010	61,50	106,83	1,737073171	41.812.487
24.873.009	01/11/2000	30/08/2010	61,71	106,83	1,731161886	43.059.205
24.070.654	01/12/2000	30/08/2010	61,99	106,83	1,723342475	41.481.980
24.582.435	01/01/2001	30/08/2010	62,64	106,83	1,705459770	41.924.354
23.100.965	01/02/2001	30/08/2010	63,83	106,83	1,673664421	38.663.263
20.865.388	01/03/2001	30/08/2010	64,77	106,83	1,649374711	34.414.843
23.100.965	01/04/2001	30/08/2010	65,51	106,83	1,630743398	37.671.746
22.355.772	01/05/2001	30/08/2010	65,79	106,83	1,623803010	36.301.370
23.100.965	01/06/2001	30/08/2010	65,82	106,83	1,623062899	37.494.319
22.355.772	01/07/2001	30/08/2010	65,89	106,83	1,621338595	36.246.277
23.100.965	01/08/2001	30/08/2010	66,06	106,83	1,617166213	37.358.100
23.100.965	01/09/2001	30/08/2010	66,30	106,83	1,611312217	37.222.867
22.355.772	01/10/2001	30/08/2010	66,43	106,83	1,608158964	35.951.636
23.100.965	01/11/2001	30/08/2010	66,50	106,83	1,606466165	37.110.918
22.355.772	01/12/2001	30/08/2010	66,73	106,83	1,600929117	35.790.007
23.100.965	01/01/2002	30/08/2010	67,26	106,83	1,588314005	36.691.586
24.868.189	01/02/2002	30/08/2010	68,11	106,83	1,568492145	39.005.559
22.461.590	01/03/2002	30/08/2010	68,59	106,83	1,557515673	34.984.279
24.868.189	01/04/2002	30/08/2010	69,22	106,83	1,543340075	38.380.073
24.065.989	01/05/2002	30/08/2010	69,63	106,83	1,534252477	36.923.304
24.868.189	01/06/2002	30/08/2010	69,93	106,83	1,527670528	37.990.400
24.065.989	01/07/2002	30/08/2010	69,94	106,83	1,527452102	36.759.646
24.868.189	01/08/2002	30/08/2010	70,01	106,83	1,525924868	37.946.988
24.609.251	01/09/2002	30/08/2010	70,26	106,83	1,520495303	37.418.251
21.501.997	01/10/2002	30/08/2010	70,66	106,83	1,511887914	32.508.609
21.877.711	01/11/2002	30/08/2010	71,20	106,83	1,500421348	32.825.784
21.171.978	01/12/2002	30/08/2010	71,40	106,83	1,496218487	31.677.905
21.877.711	01/01/2003	30/08/2010	72,23	106,83	1,479025336	32.357.688
23.406.963	01/02/2003	30/08/2010	73,04	106,83	1,462623220	34.235.567
21.141.773	01/03/2003	30/08/2010	73,80	106,83	1,447560976	30.604.005
23.406.963	01/04/2003	30/08/2010	74,65	106,83	1,431078366	33.497.198
22.651.899	01/05/2003	30/08/2010	75,01	106,83	1,424210105	32.261.064
23.406.963	01/06/2003	30/08/2010	74,97	106,83	1,424969988	33.354.219
22.325.973	01/07/2003	30/08/2010	74,86	106,83	1,427063853	31.860.589
22.217.330	01/08/2003	30/08/2010	75,10	106,83	1,422503329	31.604.227
21.891.404	01/09/2003	30/08/2010	75,26	106,83	1,419479139	31.074.391
21.185.230	01/10/2003	30/08/2010	75,31	106,83	1,418536715	30.052.026
21.891.404	01/11/2003	30/08/2010	75,57	106,83	1,413656213	30.946.919
21.185.230	01/12/2003	30/08/2010	76,03	106,83	1,405103249	29.767.435
21.837.083	01/01/2004	30/08/2010	76,70	106,83	1,392829205	30.415.327
23.132.831	01/02/2004	30/08/2010	77,62	106,83	1,376320536	31.838.190

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

24.810.381	01/03/2004	30/08/2010	78,39	106,83	1,362801378	33.811.621
23.132.831	01/04/2004	30/08/2010	78,74	106,83	1,356743713	31.385.323
22.195.717	01/05/2004	30/08/2010	79,04	106,83	1,351594130	29.999.601
22.039.531	01/06/2004	30/08/2010	79,52	106,83	1,343435614	29.608.691
20.113.242	01/07/2004	30/08/2010	79,50	106,83	1,343773585	27.027.643
20.228.935	01/08/2004	30/08/2010	79,52	106,83	1,343435614	27.176.271
20.084.318	01/09/2004	30/08/2010	79,76	106,83	1,339393180	26.900.799
19.436.437	01/10/2004	30/08/2010	79,75	106,83	1,339561129	26.036.296
19.957.056	01/11/2004	30/08/2010	79,97	106,83	1,335875953	26.660.151
17.886.150	01/12/2004	30/08/2010	80,21	106,83	1,331878818	23.822.184
17.394.454	01/01/2005	30/08/2010	80,87	106,83	1,321009027	22.978.231
18.351.150	01/02/2005	30/08/2010	81,70	106,83	1,307588739	23.995.757
16.575.232	01/03/2005	30/08/2010	82,33	106,83	1,297582898	21.507.738
18.351.150	01/04/2005	30/08/2010	82,69	106,83	1,291933728	23.708.469
17.759.177	01/05/2005	30/08/2010	83,03	106,83	1,286643382	22.849.728
18.351.150	01/06/2005	30/08/2010	83,36	106,83	1,281549904	23.517.914
17.759.177	01/07/2005	30/08/2010	83,40	106,83	1,280935252	22.748.356
18.351.150	01/08/2005	30/08/2010	83,40	106,83	1,280935252	23.506.635
18.351.150	01/09/2005	30/08/2010	83,76	106,83	1,275429799	23.405.603
17.759.177	01/10/2005	30/08/2010	83,95	106,83	1,272543180	22.599.320
18.351.150	01/11/2005	30/08/2010	84,05	106,83	1,271029149	23.324.846
17.759.177	01/12/2005	30/08/2010	84,10	106,83	1,270273484	22.559.012
18.351.150	01/01/2006	30/08/2010	84,56	106,83	1,263363292	23.184.169
19.241.202	01/02/2006	30/08/2010	85,11	106,83	1,255199154	24.151.540
17.379.150	01/03/2006	30/08/2010	85,71	106,83	1,246412321	21.661.586
19.241.202	01/04/2006	30/08/2010	86,10	106,83	1,240766551	23.873.839
18.620.518	01/05/2006	30/08/2010	86,38	106,83	1,236744617	23.028.825
19.241.202	01/06/2006	30/08/2010	86,64	106,83	1,233033241	23.725.041
18.620.518	01/07/2006	30/08/2010	87,00	106,83	1,227931034	22.864.711
19.241.202	01/08/2006	30/08/2010	87,34	106,83	1,223150905	23.534.893
19.241.202	01/09/2006	30/08/2010	87,59	106,83	1,219659779	23.467.720
18.620.518	01/10/2006	30/08/2010	87,46	106,83	1,221472673	22.744.453
19.241.202	01/11/2006	30/08/2010	87,67	106,83	1,218546823	23.446.305
18.620.518	01/12/2006	30/08/2010	87,87	106,83	1,215773301	22.638.328
19.241.202	01/01/2007	30/08/2010	88,54	106,83	1,206573300	23.215.920
28.807.673	01/02/2007	30/08/2010	89,58	106,83	1,192565305	34.355.031
26.019.833	01/03/2007	30/08/2010	90,67	106,83	1,178228742	30.657.315
28.807.673	01/04/2007	30/08/2010	91,48	106,83	1,167796240	33.641.492
27.878.393	01/05/2007	30/08/2010	91,76	106,83	1,164232781	32.456.939
28.807.673	01/06/2007	30/08/2010	91,87	106,83	1,162838794	33.498.679
27.878.393	01/07/2007	30/08/2010	92,02	106,83	1,160943273	32.365.233
28.800.987	01/08/2007	30/08/2010	91,90	106,83	1,162459195	33.479.972
28.600.423	01/09/2007	30/08/2010	91,97	106,83	1,161574426	33.221.520
27.677.829	01/10/2007	30/08/2010	91,98	106,83	1,161448141	32.146.363
28.600.423	01/11/2007	30/08/2010	92,42	106,83	1,155918632	33.059.762
27.677.829	01/12/2007	30/08/2010	92,87	106,83	1,150317648	31.838.295
28.600.423	01/01/2008	30/08/2010	93,85	106,83	1,138305807	32.556.028
33.621.737	01/02/2008	30/08/2010	95,27	106,83	1,121339351	37.701.376
35.557.860	01/03/2008	30/08/2010	96,04	106,83	1,112349021	39.552.751
33.621.737	01/04/2008	30/08/2010	96,72	106,83	1,104528536	37.136.168

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

32.537.165	01/05/2008	30/08/2010	97,62	106,83	1,094345421	35.606.897
33.621.737	01/06/2008	30/08/2010	98,47	106,83	1,084898954	36.476.187
32.537.165	01/07/2008	30/08/2010	98,94	106,83	1,079745300	35.131.851
33.621.737	01/08/2008	30/08/2010	99,13	106,83	1,077675779	36.233.331
33.621.737	01/09/2008	30/08/2010	98,94	106,83	1,079745300	36.302.912
32.537.165	01/10/2008	30/08/2010	99,28	106,83	1,076047542	35.011.536
33.621.737	01/11/2008	30/08/2010	99,56	106,83	1,073021294	36.076.839
32.537.165	01/12/2008	30/08/2010	100,00	106,83	1,068300000	34.759.453
33.423.893	01/01/2009	30/08/2010	100,59	106,83	1,062033999	35.497.310
35.140.495	01/02/2009	30/08/2010	101,43	106,83	1,053238687	37.011.329
31.656.116	01/03/2009	30/08/2010	101,94	106,83	1,047969394	33.174.640
34.668.810	01/04/2009	30/08/2010	102,26	106,83	1,044690006	36.218.159
33.550.461	01/05/2009	30/08/2010	102,28	106,83	1,044485725	35.042.978
34.668.810	01/06/2009	30/08/2010	102,22	106,83	1,045098806	36.232.332
33.550.461	01/07/2009	30/08/2010	102,18	106,83	1,045507927	35.077.273
34.668.810	01/08/2009	30/08/2010	102,23	106,83	1,044996576	36.228.788
34.668.810	01/09/2009	30/08/2010	102,12	106,83	1,046122209	36.267.812
33.550.461	01/10/2009	30/08/2010	101,98	106,83	1,047558345	35.146.066
34.668.810	01/11/2009	30/08/2010	101,92	106,83	1,048175039	36.338.981
33.550.461	01/12/2009	30/08/2010	102,00	106,83	1,047352941	35.139.174
34.668.810	01/01/2010	30/08/2010	102,70	106,83	1,040214216	36.062.989
35.362.182	01/02/2010	30/08/2010	103,55	106,83	1,031675519	36.482.297
31.940.035	01/03/2010	30/08/2010	103,81	106,83	1,029091610	32.869.222
35.362.182	01/04/2010	30/08/2010	104,29	106,83	1,024355163	36.223.434
34.221.466	01/05/2010	30/08/2010	104,40	106,83	1,023275862	35.018.000
35.362.182	01/06/2010	30/08/2010	104,52	106,83	1,022101033	36.143.723

3.971.688.983

5.736.594.226

FUENTE: Facturas emitidas por la Comisión Nacional de Televisión a Caracol Base de datos Frecuencias VHF, IPC DANE

FRECUENCIAS VHF

CAPITAL INICIAL	PERIODO		ACTUALIZACIÓN			CAPITAL ACTUALIZADO
	Desde	Hasta	IPC Inicial	IPC Final	Factor	
20.250.215	01/07/1998	30/08/2010	51,27	106,83	2,083674664	42.194.859
27.268.155	01/08/1998	30/08/2010	51,29	106,83	2,082862156	56.795.808
27.268.155	01/09/1998	30/08/2010	51,44	106,83	2,076788491	56.630.191
25.010.616	01/10/1998	30/08/2010	51,62	106,83	2,069546687	51.760.638
25.844.304	01/11/1998	30/08/2010	51,71	106,83	2,065944692	53.392.902
25.010.616	01/12/1998	30/08/2010	52,18	106,83	2,047336144	51.205.139
25.844.304	01/01/1999	30/08/2010	53,34	106,83	2,002812148	51.761.285
35.333.488	01/02/1999	30/08/2010	54,24	106,83	1,969579646	69.592.119
31.914.118	01/03/1999	30/08/2010	54,75	106,83	1,951232877	62.271.877
35.333.488	01/04/1999	30/08/2010	55,18	106,83	1,936027546	68.406.606
34.193.698	01/05/1999	30/08/2010	55,45	106,83	1,926600541	65.877.598
35.333.488	01/06/1999	30/08/2010	55,60	106,83	1,921402878	67.889.866
34.193.698	01/07/1999	30/08/2010	55,77	106,83	1,915545992	65.499.602
35.333.488	01/08/1999	30/08/2010	56,05	106,83	1,905976806	67.344.809
35.333.488	01/09/1999	30/08/2010	56,24	106,83	1,899537696	67.117.293
34.186.551	01/10/1999	30/08/2010	56,43	106,83	1,893141946	64.719.995

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

35.222.713	01/11/1999	30/08/2010	56,70	106,83	1,884126984	66.364.063
34.086.496	01/12/1999	30/08/2010	57,00	106,83	1,874210526	63.885.270
35.222.713	01/01/2000	30/08/2010	57,74	106,83	1,850190509	65.168.728
39.688.082	01/02/2000	30/08/2010	59,07	106,83	1,808532250	71.777.177
37.392.981	01/03/2000	30/08/2010	60,08	106,83	1,778129161	66.489.550
39.688.082	01/04/2000	30/08/2010	60,68	106,83	1,760547132	69.872.740
38.407.822	01/05/2000	30/08/2010	60,99	106,83	1,751598623	67.275.088
39.680.276	01/06/2000	30/08/2010	60,98	106,83	1,751885864	69.515.315
38.173.628	01/07/2000	30/08/2010	60,96	106,83	1,752460630	66.897.780
39.446.082	01/08/2000	30/08/2010	61,15	106,83	1,747015536	68.912.918
39.446.082	01/09/2000	30/08/2010	61,41	106,83	1,739618955	68.621.152
38.173.628	01/10/2000	30/08/2010	61,50	106,83	1,737073171	66.310.384
39.446.082	01/11/2000	30/08/2010	61,71	106,83	1,731161886	68.287.554
38.173.628	01/12/2000	30/08/2010	61,99	106,83	1,723342475	65.786.234
39.407.050	01/01/2001	30/08/2010	62,64	106,83	1,705459770	67.207.138
42.897.615	01/02/2001	30/08/2010	63,83	106,83	1,673664421	71.796.212
38.746.233	01/03/2001	30/08/2010	64,77	106,83	1,649374711	63.907.056
42.897.615	01/04/2001	30/08/2010	65,51	106,83	1,630743398	69.955.002
41.513.821	01/05/2001	30/08/2010	65,79	106,83	1,623803010	67.410.267
42.897.615	01/06/2001	30/08/2010	65,82	106,83	1,623062899	69.625.527
41.513.821	01/07/2001	30/08/2010	65,89	106,83	1,621338595	67.307.960
42.897.615	01/08/2001	30/08/2010	66,06	106,83	1,617166213	69.372.573
42.897.615	01/09/2001	30/08/2010	66,30	106,83	1,611312217	69.121.451
41.513.821	01/10/2001	30/08/2010	66,43	106,83	1,608158964	66.760.823
42.897.615	01/11/2001	30/08/2010	66,50	106,83	1,606466165	68.913.567
41.513.821	01/12/2001	30/08/2010	66,73	106,83	1,600929117	66.460.684
42.897.615	01/01/2002	30/08/2010	67,26	106,83	1,588314005	68.134.882
46.013.178	01/02/2002	30/08/2010	68,11	106,83	1,568492145	72.171.308
41.560.290	01/03/2002	30/08/2010	68,59	106,83	1,557515673	64.730.803
46.013.178	01/04/2002	30/08/2010	69,22	106,83	1,543340075	71.013.982
44.528.882	01/05/2002	30/08/2010	69,63	106,83	1,534252477	68.318.548
46.013.178	01/06/2002	30/08/2010	69,93	106,83	1,527670528	70.292.976
44.528.882	01/07/2002	30/08/2010	69,94	106,83	1,527452102	68.015.734
46.013.178	01/08/2002	30/08/2010	70,01	106,83	1,525924868	70.212.653
46.013.178	01/09/2002	30/08/2010	70,26	106,83	1,520495303	69.962.821
44.419.214	01/10/2002	30/08/2010	70,66	106,83	1,511887914	67.156.873
45.871.524	01/11/2002	30/08/2010	71,20	106,83	1,500421348	68.826.614
44.391.797	01/12/2002	30/08/2010	71,40	106,83	1,496218487	66.419.828
45.871.524	01/01/2003	30/08/2010	72,23	106,83	1,479025336	67.845.146
48.952.546	01/02/2003	30/08/2010	73,04	106,83	1,462623220	71.599.131
44.215.203	01/03/2003	30/08/2010	73,80	106,83	1,447560976	64.004.203
48.952.546	01/04/2003	30/08/2010	74,65	106,83	1,431078366	70.054.930
47.373.432	01/05/2003	30/08/2010	75,01	106,83	1,424210105	67.469.721
48.952.546	01/06/2003	30/08/2010	74,97	106,83	1,424969988	69.755.910
46.512.986	01/07/2003	30/08/2010	74,86	106,83	1,427063853	66.377.001
45.422.761	01/08/2003	30/08/2010	75,10	106,83	1,422503329	64.614.029
45.163.650	01/09/2003	30/08/2010	75,26	106,83	1,419479139	64.108.859
43.530.757	01/10/2003	30/08/2010	75,31	106,83	1,418536715	61.749.978
44.860.538	01/11/2003	30/08/2010	75,57	106,83	1,413656213	63.417.378
43.413.424	01/12/2003	30/08/2010	76,03	106,83	1,405103249	61.000.343

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

44.860.538	01/01/2004	30/08/2010	76,70	106,83	1,392829205	62.483.067
47.824.402	01/02/2004	30/08/2010	77,62	106,83	1,376320536	65.821.707
45.259.576	01/03/2004	30/08/2010	78,39	106,83	1,362801378	61.679.812
47.824.402	01/04/2004	30/08/2010	78,74	106,83	1,356743713	64.885.457
46.094.257	01/05/2004	30/08/2010	79,04	106,83	1,351594130	62.300.727
46.444.762	01/06/2004	30/08/2010	79,52	106,83	1,343435614	62.395.548
42.049.048	01/07/2004	30/08/2010	79,50	106,83	1,343773585	56.504.400
42.014.296	01/08/2004	30/08/2010	79,52	106,83	1,343435614	56.443.501
42.014.296	01/09/2004	30/08/2010	79,76	106,83	1,339393180	56.273.661
40.658.996	01/10/2004	30/08/2010	79,75	106,83	1,339561129	54.465.210
41.967.440	01/11/2004	30/08/2010	79,97	106,83	1,335875953	56.063.294
38.357.860	01/12/2004	30/08/2010	80,21	106,83	1,331878818	51.088.022
38.625.067	01/01/2005	30/08/2010	80,87	106,83	1,321009027	51.024.062
40.694.148	01/02/2005	30/08/2010	81,70	106,83	1,307588739	53.211.209
36.756.004	01/03/2005	30/08/2010	82,33	106,83	1,297582898	47.693.962
40.639.222	01/04/2005	30/08/2010	82,69	106,83	1,291933728	52.503.182
39.216.657	01/05/2005	30/08/2010	83,03	106,83	1,286643382	50.457.852
40.523.879	01/06/2005	30/08/2010	83,36	106,83	1,281549904	51.933.373
39.216.657	01/07/2005	30/08/2010	83,40	106,83	1,280935252	50.233.999
40.523.879	01/08/2005	30/08/2010	83,40	106,83	1,280935252	51.908.465
40.523.879	01/09/2005	30/08/2010	83,76	106,83	1,275429799	51.685.363
39.216.657	01/10/2005	30/08/2010	83,95	106,83	1,272543180	49.904.890
40.523.879	01/11/2005	30/08/2010	84,05	106,83	1,271029149	51.507.032
39.216.657	01/12/2005	30/08/2010	84,10	106,83	1,270273484	49.815.880
40.523.879	01/01/2006	30/08/2010	84,56	106,83	1,263363292	51.196.381
42.489.267	01/02/2006	30/08/2010	85,11	106,83	1,255199154	53.332.492
38.377.403	01/03/2006	30/08/2010	85,71	106,83	1,246412321	47.834.068
42.489.267	01/04/2006	30/08/2010	86,10	106,83	1,240766551	52.719.262
41.118.646	01/05/2006	30/08/2010	86,38	106,83	1,236744617	50.853.264
42.489.267	01/06/2006	30/08/2010	86,64	106,83	1,233033241	52.390.679
41.118.646	01/07/2006	30/08/2010	87,00	106,83	1,227931034	50.490.861
42.489.267	01/08/2006	30/08/2010	87,34	106,83	1,223150905	51.970.786
42.489.267	01/09/2006	30/08/2010	87,59	106,83	1,219659779	51.822.450
40.151.148	01/10/2006	30/08/2010	87,46	106,83	1,221472673	49.043.530
41.193.511	01/11/2006	30/08/2010	87,67	106,83	1,218546823	50.196.222
39.563.738	01/12/2006	30/08/2010	87,87	106,83	1,215773301	48.100.537
40.882.530	01/01/2007	30/08/2010	88,54	106,83	1,206573300	49.327.769
35.626.148	01/02/2007	30/08/2010	89,58	106,83	1,192565305	42.486.509
32.178.457	01/03/2007	30/08/2010	90,67	106,83	1,178228742	37.913.582
35.626.148	01/04/2007	30/08/2010	91,48	106,83	1,167796240	41.604.082
34.476.918	01/05/2007	30/08/2010	91,76	106,83	1,164232781	40.139.158
35.626.148	01/06/2007	30/08/2010	91,87	106,83	1,162838794	41.427.467
34.476.918	01/07/2007	30/08/2010	92,02	106,83	1,160943273	40.025.746
35.626.148	01/08/2007	30/08/2010	91,90	106,83	1,162459195	41.413.944
35.626.148	01/09/2007	30/08/2010	91,97	106,83	1,161574426	41.382.423
34.476.918	01/10/2007	30/08/2010	91,98	106,83	1,161448141	40.043.152
35.626.148	01/11/2007	30/08/2010	92,42	106,83	1,155918632	41.180.929
34.476.918	01/12/2007	30/08/2010	92,87	106,83	1,150317648	39.659.407
35.325.303	01/01/2008	30/08/2010	93,85	106,83	1,138305807	40.210.997
35.387.263	01/02/2008	30/08/2010	95,27	106,83	1,121339351	39.681.130

Tribunal de Arbitramento de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra CNTV
 Contrato de Concesión No.136 de 22 de diciembre de 1997

34.178.932	01/03/2008	30/08/2010	96,04	106,83	1,112349021	38.018.901
35.361.826	01/04/2008	30/08/2010	96,72	106,83	1,104528536	39.058.145
32.458.781	01/05/2008	30/08/2010	97,62	106,83	1,094345421	35.521.118
33.218.749	01/06/2008	30/08/2010	98,47	106,83	1,084898954	36.038.986
32.147.176	01/07/2008	30/08/2010	98,94	106,83	1,079745300	34.710.762
33.218.749	01/08/2008	30/08/2010	99,13	106,83	1,077675779	35.799.041
33.218.749	01/09/2008	30/08/2010	98,94	106,83	1,079745300	35.867.788
32.147.176	01/10/2008	30/08/2010	99,28	106,83	1,076047542	34.591.890
33.218.749	01/11/2008	30/08/2010	99,56	106,83	1,073021294	35.644.425
32.147.176	01/12/2008	30/08/2010	100,00	106,83	1,068300000	34.342.828
33.193.312	01/01/2009	30/08/2010	100,59	106,83	1,062033999	35.252.425
36.083.850	01/02/2009	30/08/2010	101,43	106,83	1,053238687	38.004.907
32.441.230	01/03/2009	30/08/2010	101,94	106,83	1,047969394	33.997.416
35.871.592	01/04/2009	30/08/2010	102,26	106,83	1,044690006	37.474.694
34.714.444	01/05/2009	30/08/2010	102,28	106,83	1,044485725	36.258.741
35.714.110	01/06/2009	30/08/2010	102,22	106,83	1,045098806	37.324.774
34.440.562	01/07/2009	30/08/2010	102,18	106,83	1,045507927	36.007.881
35.221.124	01/08/2009	30/08/2010	102,23	106,83	1,044996576	36.805.954
35.022.560	01/09/2009	30/08/2010	102,12	106,83	1,046122209	36.637.877
33.892.800	01/10/2009	30/08/2010	101,98	106,83	1,047558345	35.504.685
35.022.560	01/11/2009	30/08/2010	101,92	106,83	1,048175039	36.709.773
33.892.800	01/12/2009	30/08/2010	102,00	106,83	1,047352941	35.497.723
35.022.560	01/01/2010	30/08/2010	102,70	106,83	1,040214216	36.430.964
37.671.865	01/02/2010	30/08/2010	103,55	106,83	1,031675519	38.865.141
34.026.201	01/03/2010	30/08/2010	103,81	106,83	1,029091610	35.016.078
37.671.865	01/04/2010	30/08/2010	104,29	106,83	1,024355163	38.589.370
36.456.644	01/05/2010	30/08/2010	104,40	106,83	1,023275862	37.305.204
37.671.865	01/06/2010	30/08/2010	104,52	106,83	1,022101033	38.504.453

5.569.306.312

7.871.228.894

FUENTE: Facturas emitidas por la Comisión Nacional de Televisión a Caracol Base de datos Frecuencias UHF, IPC DANE

Con respecto de la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios sobre los mayores valores pagados por CARACOL, el Tribunal no accederá al reconocimiento de intereses moratorios sobre los mayores valores pagados por la sociedad convocante, dado que la obligación de restituir dichas sumas carecía de la certidumbre necesaria para predicar un incumplimiento en cabeza de la CNTV que pueda ser sancionable para ésta e indemnizable para aquella mediante el pago de intereses moratorios.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora

*de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación”.*⁶⁹

La justicia arbitral también se ha pronunciado sobre la materia:

*“(…) considera pertinente precisar el Tribunal que para que pueda hablarse de mora y, por consiguiente, del deber de pagar intereses de mora es necesario que exista una obligación cuyo monto esté determinado o sea determinable. Así las cosas, cuando quiera que previamente a la sentencia judicial existe incertidumbre sobre la existencia misma de la obligación o su cuantía, no es posible concluir que se deban pagar intereses moratorios.”*⁷⁰

En efecto, el reconocimiento de intereses de mora –vistos desde su doble acepción, como *indemnización* del lucro cesante causado al acreedor por el incumplimiento de obligaciones dinerarias y como *sanción* para el deudor moroso⁷¹–, presupone la certidumbre y, además, la liquidez de la suma de dinero sobre la cual se pretende su reconocimiento (*in illiquidis mora non fit*⁷²), para lo cual es necesario promover un proceso de conocimiento como el presente.

En el caso sometido a consideración del Tribunal, no es dable el reconocimiento de intereses moratorios sobre el mayor valor pagado por la sociedad convocante, pues éste no cumple los requisitos de certeza y liquidez sino a partir de la firmeza del presente laudo, pues antes de tal momento no existía una obligación cierta y cuantificable en cabeza de la CNTV de reintegrar los valores pagados en exceso, por lo que no puede prodigarse un incumplimiento indemnizable a través del pago de intereses moratorios.

6.8. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES CUARTA, QUINTA Y SEXTA (ANTENAS).

En la cuarta de las pretensiones formuladas en la demanda solicita la convocante *“Declarar que...CARACOL TELEVISIÓN S.A. incurrió en gastos extraordinarios por cuenta de algunas de las frecuencias asignadas por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION, para la ejecución del contrato de Concesión No 136 de 22 de diciembre de 1997 (antenas)”*.

En las pretensiones quinta y sexta pide condenar a la convocada a pagar el valor de dichos gastos extraordinarios, *“junto con su correspondiente actualización e intereses monetarios, causados desde que incurrió en los gastos para entregar las antenas y hasta la fecha de su reintegro ejecutivo, o en forma en que determine el tribunal,*

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo CLXXVI pág. 288), citada en el Laudo del 13 de febrero de 2006 dictado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Casa Editorial El Tiempo S.A. y la Comisión Nacional de Televisión. En dicho laudo también se citó la Sentencia del 10 de junio de 1995, Expediente 4540, de la misma Corporación:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que 'la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida' (Ver además, Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)”.

⁷⁰Laudo Arbitral de agosto 19 de 2003 dictado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Casa Editorial El Tiempo S.A. y la Comisión Nacional de Televisión.

⁷¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 14 de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 1997-03663-01(17214).

⁷² Sobre el principio del *in illiquidis non fit mora*, confróntense las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de agosto 27 de 2008, M.P. William Namén Vargas, Exp. 1997-14171-01; de julio 7 de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Exp. 1998-00174-01; de noviembre 9 de 2004, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 12789 y de diciembre 14 de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. No 6230. En la justicia arbitral, confróntense los Laudos de 13 de febrero de 2006, *cit.*; de agosto 19 de 2003, *cit.*; y de mayo 28 de 1999 (dictado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Estrumetalicas de Occidente Ltda. y Luis Ignacio Libreros).

dentro de los cinco días siguientes a que se prefiera el laudo, o en la forma que ese efecto determine el tribunal” .

Apoya la convocante las anteriores peticiones, afirmando que en su propuesta satisfizo los requerimientos del “Pliego de Condiciones” con respecto al *“manejo de la orientación de la antena receptora del televidente; el número de antenas de recepción a utilizar y su orientación, teniendo las transmisiones existentes y las proyectadas en el Plan de Utilización de frecuencias para el servicio de televisión abierta de Cubrimiento Nacional para Operación de Canales privados”*. Añade que a pesar de que cumplió los anteriores requerimientos, al comienzo de su operación encontró que en varios puntos los televidentes no recibían su señal, por cuanto las antenas que éstos venían utilizando tenían unos límites máximos de recepción, que no las hacían aptas para recibir la señal que trasmitía. Pone la actora como ejemplo de sus afirmaciones lo ocurrido en Bogotá a RCN con respecto a la “frecuencia o canal” y a Caracol en “la frecuencia o canal” donde para suplir el defecto anotado, estos Concesionarios debieron entregar a los usuarios del servicio antenas “multibandas”, que fueran aptas para recibir las señales de todos los canales, tanto los públicos como los privados.

Aduce finalmente la convocante que por *“falta de previsión de la CNTV al asignar las frecuencias”* incurrió en gastos del orden de \$7.338.000.000.00.

La parte convocada, al dar respuesta a la demanda, solicitó la prueba de las anteriores afirmaciones, no obstante lo cual alegó que con anterioridad a la presentación de su propuesta, el ofertante conocía *“las Bandas de Frecuencias (canales) que se asignarían a los operadores de cada uno de los Canales Privados de Televisión abiertas de cobertura nacional en todos y cada uno de los municipios del país, puso así estaba dispuesto en el PUF (acuerdo 21 de junio 16 de 1997), de lo cual, se desprenden claramente los efectos técnicos en requerimientos de difusión, transporte y antenas receptoras.”* Expresó, además, que los proponentes eran expertos en materia de televisión y que por el conocimiento que del tema tenían, no podían ignorar cuál era la estructura del servicio y de sus usuarios.

6.8.1. El Principio de Buena Fé.

Estima el Tribunal que el éxito de la pretensión que se examina descansa en una doble negación; de una parte el pretendiente no fue ilustrado debidamente de la circunstancia que hizo más gravosa la prestación a que se obligó y de la otra, dicha circunstancia le era absolutamente desconocida.

Es un lugar común para los expositores de derecho la consideración según la cual las personas deben celebrar y cumplir sus negocios con total lealtad, lo que implica que tanto en el iter formativo del negocio, como en su celebración y ejecución las partes procedan con claridad e información, de tal manera que al dar su consentimiento no incurran en error. Quien contrata debe emitir su voluntad, no únicamente libre de coacción, sino también con pleno conocimiento del acto que realiza y de sus elementos esenciales.

Para este Tribunal, todo contrato es un acto jurídicamente relevante de disposición y autorregulación de intereses, en el que los contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, definen el contenido del negocio jurídico que celebran y, en él, determinan las obligaciones que cada uno asume al tiempo que establecen el modo en que ellas habrán de cumplirse.

Este poder de autogobierno de quienes celebran un contrato, naturalmente

encuentra sus límites en el orden público, la moral y las buenas costumbres y conlleva, además, la necesaria observancia de ciertas cargas o deberes exigibles a los contratantes durante la etapa formativa del contrato.

Estas cargas o deberes enmarcan la conducta que están llamadas a observar las partes dentro de las tratativas negociales tendientes a la celebración de un contrato e imprimen a dicha conducta un requerimiento especial de diligencia y cautela en la estructuración del negocio jurídico.

En un todo conforme con este entendimiento, el artículo 863 del Código de Comercio prescribe que: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”*, de modo que, también la legislación positiva, consagra –con rango y gobierno legal- la buena fe que debe imperar en la actuación de quienes tienen el propósito de celebrar un contrato y, dentro de ella, evidentemente se ubican la lealtad y la diligencia que constituyen las máximas cargas imprescindibles en la formación de los contratos.

Es entonces claro que en la órbita del derecho contractual, la buena fe constituye el clima o ambiente dentro del cual deben desarrollarse las relaciones de los co-contratantes, desde antes de la celebración del negocio jurídico y durante toda su existencia.

El principio de la buena fe contractual es imperante, no solo en la contratación pública sino en todo contrato (artículo 1603 del Código Civil) y se resume como la mutua confianza que los contratantes adquieren para poder asumir sus compromisos; esa confianza no es más que la credibilidad que cada uno confiere al otro para el propósito conjunto, que es la realización del objeto del contrato. Consagra estos postulados el artículo 83 de la Constitución Política.

En materia contractual pública, la doctrina se ha ocupado in extenso de la necesidad de aplicar este principio, como rector de la conducta de las partes del contrato, desde la etapa precontractual, que será determinante en las relaciones surgidas del negocio jurídico. Sobre este tema ha dicho el profesor Rodrigo Escobar Gil, en su obra *“RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”*:

“El principio de la buena fe domina los contratos administrativos con una mayor intensidad que en los contratos privados, no solo como norma de conducta en la celebración, ejecución y extinción del vínculo obligatorio, sino que también tiene múltiples manifestaciones en el régimen jurídico de estos contratos, siendo la principal, a nuestro juicio, la especial configuración de la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas. (...).

“Aplicación del principio en la formación del contrato administrativo. En el derecho administrativo la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos es esencialmente formalista y las partes deben ajustarse a un procedimiento señalado por la ley, a diferencia del Derecho privado, en el que prevalece la autonomía de la voluntad y la libertad de forma.

“La administración pública y los particulares deberán observar un comportamiento leal y diligente durante el procedimiento, lo que los obliga a realizar todo aquello que conduzca al nacimiento del contrato administrativo y a abstenerse de lo que pueda frustrar este resultado, conforme a la exigencia de la mutua confianza. (...)

“1ª) La primera etapa del procedimiento es la elaboración unilateral por parte de la administración de un proyecto en forma de pliego de

condiciones que defina las bases del contrato que debe someterse al futuro contratista; ninguna participación tiene el administrado, desaparecen las conversaciones propias del derecho privado, en que se manifiesta la inteligencia, habilidad y perspicacia de los agentes en orden a la mejor regulación de sus intereses.

“La buena fe impone a la administración la obligación de elaborar un proyecto de contrato o pliego de condiciones que reúna todas las exigencias técnicas y financieras y que constituya un punto de equilibrio entre el interés público y el interés particular. Los órganos administrativos deberán extremar el celo para buscar en solitario el óptimo contractual. “El planteamiento –dice Monedero Gil- del contrato debe estar meditado, de forma que propicie y consiga un esquema contractual óptimo para la administración y el administrado. La adhesión de la voluntad colaboradora privada, su plano debilitado durante el procedimiento de generación, se contrapesará con un esfuerzo administrativo para hallar lo justo contractual”⁷³.

“Las omisiones de la administración en el diseño del contrato irán posteriormente a reflejarse en su ejecución en detrimento de la comunidad o del interés patrimonial del contratista, lo que compromete en este último caso la responsabilidad civil de la entidad pública contratista. (...)”

De esta manera, y de conformidad con los postulados legales, los pliegos de condiciones de una licitación pública para la selección de un contratista estatal, no podrán contener ambigüedades, imprecisiones o vacíos que conduzcan a interpretaciones de carácter subjetivo, por parte de la entidad o del proponente, o a decisiones posteriores durante la ejecución del contrato, tendientes a imponer a cualquiera de las partes cargas obligacionales no previstas inicialmente, no tenidas en cuenta en la regulación contractual, cuando ellas no se ubiquen natural o esencialmente en cabeza de las partes por la categoría legal del contrato. En el mismo contexto, tampoco es de recibo “la extensión ilimitada” de una obligación contractual en punto a las leyes o normas de cualquier índole vigentes al momento de la celebración del contrato, y por lo mismo incorporadas a él por expreso mandato legal⁷⁴: Las partes sólo están compelidas a la observancia de la legislación vigente a la fecha en que surge la relación contractual; y nunca podrá pretenderse previsión alguna sobre los vacíos normativos de los que serán conscientes en el momento en que, por hechos sobrevinientes, se evidencie la necesidad de regular una determinada materia.

6.8.2. La pretensión de reconocimiento de gastos extraordinarios en la ejecución del contrato de concesión materia del presente laudo.

Aduce la convocante como fundamento de sus pretensiones que tanto CARACOL TELEVISION S.A. como RCN TELEVISION S.A., realizaron sus estudios técnicos, teniendo en cuenta las indicaciones señaladas en el pliego de condiciones sobre el Manejo de la orientación de la antena receptora del televidente y que sin embargo, al iniciar la operación encontraron que en varios puntos los televidentes no recibían la señal de dichos concesionarios debido a que las antenas que tenían dispuestas los televidentes para recibir la transmisión de la señal de los canales públicos ya

⁷³ Nota del Autor en cita: “José Monedero Gil, *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, I.E.F., 1977, pág. 313.

⁷⁴ Ley 153 de 1887, Artículo 38: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

existentes no eran suficientes ni aptas para recibir también la señal de los concesionarios.

Manifiesta que esta situación es imputable a la Comisión Nacional de Televisión habida cuenta de las frecuencias que le fueron asignadas para la prestación del servicio porque ellas determinaron la necesidad de que los televidentes contaran con antenas “multibanda” para recibir la señal tanto de los canales públicos como las emitidas por los concesionarios de los canales N1 y N2.

Dice la parte convocante en su demanda:

“La CNTV no realizó una distribución racional y equitativa de las frecuencias asignadas al servicio de televisión, con el fin de que todos los operadores tuvieran un acceso equilibrado en el uso de las frecuencias o canales, debido a que le asignó a Inravisión y a los canales públicos, de manera prioritaria, los canales pertenecientes a la banda 3: (7-13), y asignó al concesionario en las frecuencias o canales de las bandas 1 y 2 (2-6) y gran parte en UHF (21-36, y 38-69)

Como no existían antenas apropiadas para recibir la mayoría de las frecuencias asignadas a los concesionarios en las bandas 1 y 2, y en UHF, éstos se vieron en la obligación de entregar a los usuarios antenas que permitieran la recepción de sus frecuencias, y que además no limitaran el acceso a las frecuencias o canales que utilizaban los canales públicos e Inravisión”

Al respecto el Tribunal subraya, respecto de la cláusula Primera del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997, en la que se consagró el objeto, lo siguiente:

“CLÁUSULA 1. – OBJETO. *El objeto de este contrato de concesión es la entrega que hace **LA COMISION**, a título de concesión al **CONCESIONARIO**, de la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N2, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por **EL CONCESIONARIO** que forma parte integral del presente contrato.*

PARÀGRAFO. *– El servicio de televisión objeto de esta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el Canal Nacional de Televisión de Operación Privada N2 en el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión y que forma parte integral del presente contrato.*

EL CONCESIONARIO *tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal asignado; en consecuencia será programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.”*

Encuentra el Tribunal, que con anterioridad a la celebración del contrato y a la apertura del proceso licitatorio, mediante Acuerdo 021 de 16 de Junio de 1997, se habían señalado las frecuencias en las que los concesionarios de los Canales N1 y N2 habrían de emitir su señal en desarrollo de la concesión para cuya adjudicación presentaron propuesta. Es más, el Plan de Utilización de Frecuencias constituyó el anexo 3 del Pliego de Condiciones tal como lo señala la Cláusula Novena del contrato de concesión No. 136 de 1997, y este a su vez hace parte del contrato conforme lo señala la Cláusula Trigésima Quinta.

En efecto, en la Introducción al Plan de Utilización de Frecuencias, el documento establece:

“Las tablas presentan la utilización de frecuencias por departamento, especificando las frecuencias por municipio, entendiéndose que abarca –en cubrimiento- el casco urbano y el área rural correspondiente.”

Y en el pliego de condiciones No. 003 de 1997 se señala:

“4.2.2.

b-. Estaciones utilizadas para lograr el cubrimiento deseado

El proponente deberá indicar las estaciones de transmisión proyectadas y la clasificación de las mismas, utilizando las frecuencias previstas en el Plan de Utilización de Frecuencias para el Servicio de Televisión Abierta de Cubrimiento Nacional para Operación de Canales Privados.

7.3.2.

(...)

El Proponente que hubiere obtenido el mayor puntaje la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión le adjudicará el Canal Nacional de Operación Privado (N2), y al proponente que sigue en orden se adjudicará el Canal Nacional de Operación Privado (N1), siempre y cuando hayan cumplido con las condiciones y requisitos señalados en este pliego”. (Subrayado fuera de texto original)

En concepto del Tribunal, el oferente conocía las frecuencias a través de las cuales se autorizaba a quien resultare adjudicatario de los Canales N1 y N2 transmitir su señal, y considerando ese conocimiento debió presentar su oferta. De igual forma es claro que si los proponentes y a la postre concesionarios, conocían las frecuencias a través de las cuales iban a transmitir su señal, dado su carácter de expertos en la materia, también conocían los requerimientos técnicos de las antenas receptoras de que debían disponer los televidentes; recuérdese que la causa del contrato no es la explotación del espectro electromagnético en sí misma considerada sino la satisfacción del interés general a través de la prestación del servicio público de televisión.

Finalmente, vale anotar que en la Carta de Presentación de la propuesta, el concesionario manifestó que: “Los términos y el contenido de esta propuesta han sido formulados con base en el pliego de condiciones, sus formatos y anexos y las normas legales que regulan la materia, cuyo alcance y contenido declaramos aceptar y haber entendido y aplicado en toda su extensión”.

Así las cosas, los gastos en que haya incurrido el concesionario a efectos de dotar a los televidentes de las antenas aptas para recibir su señal, como consecuencia de la utilización de frecuencias que de antemano conocía, no constituyen “gastos extraordinarios” como los califica en la demanda la parte convocante, pues ellos se erigen como un costo de operación de la concesión, totalmente previsible, consecuencia obligada de las frecuencias a utilizar y que naturalmente hace parte de las cargas económicas que asumió el concesionario con la celebración del contrato, o lo que es lo mismo, esta circunstancia hace parte de aquellas que configuraron la ecuación contractual al momento de la celebración del contrato.

En el mismo sentido, encontramos lo expuesto en laudo de fecha 11 de Abril de 2008⁷⁵:

*De esta manera, una vez perfeccionado el contrato, incluyendo sus modificaciones o prórrogas queda consolidado el equilibrio económico del mismo con apoyo en las estipulaciones que conforman ese negocio jurídico. **La ecuación que surge en este momento es la que tiene que preservarse a lo largo de la ejecución del contrato, lo que impide que, con motivo del eventual restablecimiento del equilibrio, se pretenda variar los factores que primigeniamente intervinieron en la conformación de la ecuación económica.** Esto significa que así como no pueden modificarse los riesgos tampoco puede aprovecharse la ocasión para variar otros elementos básicos que intervinieron en la estructuración del equilibrio inicial. (subrayado fuera de texto)*

En el caso presente era obligación del concesionario considerar, en la preparación de su oferta, no solo toda la información que la administración le proporcionó, sino, de manera especial las condiciones legales y económicas vigentes del negocio – entendido como la prestación del servicio público de televisión- así como los riesgos que en virtud del contrato asumía, especialmente en cuanto hace a la comercialización del servicio y a la conquista del mercado. De manera que de no haber considerado estas últimas circunstancias, libremente asumió la responsabilidad que tal determinación le deparara.

Así las cosas, el error en el precio del contrato como causal de restablecimiento del equilibrio económico, sólo podrá ser invocado por el contratista, cuando dicho error no sea consecuencia de una negligencia culpable de su parte, y cuando el mismo se vea afectado en los elementos que sirvieron de base a su estructuración por hechos sobrevinientes e imprevisibles, no conocidos por las partes al momento de la contratación, o que en cualquier caso, ellas no hubiesen podido sopesar los efectos de su ocurrencia.

Ciertamente, con sana lógica la doctrina, la jurisprudencia y aún algunas legislaciones⁷⁶, encuentran inexcusable el error en el precio formulado por el contratista en su propuesta, cuando tal error hubiera podido ser evitado empleando la prudencia que razonablemente se le puede exigir a un contratista del Estado, y por lo tanto unánimemente se considera que es a éste a quien corresponde cargar con las consecuencias de su error, no pudiendo alegarlo para pretender un “restablecimiento” de la ecuación contractual.

Es así como, a un contratista que participa en un Concurso Público, como el que antecedió al contrato objeto de este Tribunal, para la celebración de un contrato estatal, le corresponde interpretar cuidadosamente las disposiciones de los Pliegos de Condiciones, examinar rigurosamente las prestaciones que devendrán a su cargo, calcular con la mayor precisión que le sea posible, los costos directos e indirectos del contrato que pretende ejecutar, analizar con particular atención los datos e informaciones que le sean suministrados, etc., todo ello sin perjuicio de la

⁷⁵ Tribunal de Arbitramento promovido por CONSTRUCCIONES CARRILLO CAYCEDO S.A. CONGAY S.A., contra EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

⁷⁶ DROMI, José Roberto. La Licitación Pública. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977. Segunda Edición. “La Ley de Obras Públicas 13.064 establece que el contratista no podrá, bajo pretexto de error de su parte, reclamar aumento de los precios fijados en el contrato, ni tendrá derecho a indemnización por perjuicios ocasionados por su error (arts. 37 y 39). Si bien la Ley de Obras Públicas niega el derecho de la invocación del error para obtener un aumento en los precios fijados en el contrato o para pedir una indemnización por los perjuicios sufridos, no prohíbe que el licitador a quien se le adjudique el contrato alegue la nulidad de éste como consecuencia del error que ha padecido. Por tanto, sigue imperando el principio general establecido en el Código Civil, el contrato puede ser anulado por vicio de error, siempre que éste no responda a una negligencia culpable, que como cuestión de hecho debe determinarse en cada caso concreto”.

responsabilidad precontractual que le cabe a la administración en cuanto a la adecuada preparación de dichos Pliegos de Condiciones.

En igual sentido se ha manifestado el Consejo de Estado en sentencias como la proferida por la Sección Tercera de esa Corporación, en el expediente 4868, en la que señaló:

*“... como ya se indicó, la eventualidad ocurrió por culpa del contratista **quien otorgó excesivas condiciones económicas para conseguir la adjudicación del contrato. Esta realidad lleva a concluir que el contratista obró con imprevisión y negligencia, y es a él, a quien corresponde soportar los efectos nocivos de la conducta riesgosa que asumió... A manera de pedagogía jurídica y judicial, la Sala advierte que la jurisprudencia administrativa debe ser especialmente cuidadosa en la aplicación de la teoría de la imprevisión. No es admisible su aplicación a casos como el presente, en el cual los contratistas proponen precios excesivamente inferiores frente a los de la competencia, con el objetivo de tener éxito en el proceso licitatorio, para luego pedir su reajuste con el argumento de las crisis en las cuales frecuentemente se debate la economía del país... Adicionalmente **es preciso recordar que en la contratación prevalece el principio de la buena fe, que conduce al entendimiento de la lealtad inter partes, que administrativamente se extiende a otros licitantes y que nadie puede alegar su propia torpeza ni su malicia en provecho propio. Si bien es cierto el contrato administrativo recibe al contratista en alguna manera como colaborador de la administración, ello no constituye óbice para observar recíprocamente los compromisos legítimamente adquiridos, sin posibilidad de desconocerlos unilateralmente**”⁷⁷.***

En este proceso, se ha acreditado el conocimiento que ambas partes tenían de las condiciones bajo las cuales se celebraba el contrato en punto al cerco normativo que gobernaba su prestación. De ello dan cuenta, no sólo los textos legales vigentes sobre la materia que se incorporaron al contrato⁷⁸, sino las diversas declaraciones que se recibieron por el Tribunal durante el debate probatorio⁷⁹.

De allí el recíproco deber de ilustración que corresponde a las partes que adelantan el proceso de celebración de un contrato y que conlleva la obligación para cada una de ellas de dar noticia a la otra con respecto a los aspectos relevantes alrededor de los cuales se va concretar el acuerdo de voluntades. La Constitución Política consagró este derecho a favor de la comunidad en lo que hace a la calidad de los bienes y servicios que comercialmente le son ofrecidos (1).

Por su parte el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” determina que en los pliegos de condiciones o términos de referencia “se definan las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas. (Ley 80 de 1993, art.24, num 5., Lit é y 25 num 7 y 12).

Encuentra el Tribunal que en el pliego de condiciones de la licitación pública 003 de 1997, la Comisión Nacional de Televisión advirtió a los proponentes sobre la

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1996, Consejero ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente 4868.

⁷⁸ Art. 38, Ley 153/87.

⁷⁹ El testigo Jaime de la Trinidad Robledo Ocampo, en declaración rendida el 28 de julio de 2010, respondió afirmativamente una pregunta referente a si “desde la propuesta se le entrego a la CNTV la información sobre qué estaciones iban a ser cubiertas” y, agrego, “...porque además la CNTV le pedía al oferente que determinara cómo se iba a hacer esa recepción y nos obligaba de alguna manera a definir la posición de nuestras estaciones de tal manera que las antenas existentes y las antenas por existir pudieran recibir la señal de los mismos sitios y no tener un montaje doble en cada casa”.

necesidad de tener en cuenta la orientación de la antena receptora del televidente y en este sentido estipuló:

“ 4.2, “lit.d; Esta consideración tiene que ver con la ubicación de la estación transmisora con relación a las antenas receptoras del televidente, el número de antenas de recepción a utilizar y su orientación, teniendo en cuenta las transmisiones existentes y las proyectadas en el Plan de Utilización de Frecuencias para el servicio de televisión abierta de cubrimiento Nacional para operación de canales Privados”⁸⁰.

Y durante el trámite licitatorio aclaró el alcance de esta estipulación, en los siguientes términos⁸¹:

“5. Punto 4.2.2. Tratamiento que el proponente de al manejo de la orientación de la antena receptora.

“El proponente deberá analizar la recepción de los usuarios actuales del servicio de televisión abierta a nivel nacional y regional, con relación a las estaciones proyectadas. Se deberá indicar el número de antenas de recepción requeridas por el usuario en el área de servicio, Municipio o ciudad a cubrir por una estación determinada, teniendo en cuenta la orientación de las antenas de N1 y N2.

“El criterio de Ingeniería del proponente que debe tener en cuenta, es el de evitar en lo posible que el usuario tenga que hacer una inversión adicional en la adquisición de una nueva antena de recepción. Esto no significa necesariamente que el Operador Privado deba ubicarse en las mismas estaciones de los Operadores Públicos Actuales, y por la tanto, no afecta el principio de igualdad.

“Deberá tenerse en cuenta la recomendación de la norma 419-3, de la ITU-R”⁸².

Si se tiene en cuenta que el objeto final de la concesión no era otro distinto que el de llevar la señal de televisión a los hogares colombianos, es apenas elemental concluir que el tema de las antenas receptoras de éstos no podía ser algo sorpresivo para los participantes y cuyo tratamiento se omitiera en el proceso a cumplirse en la etapa precontractual. No lo afirma la convocante ni aparece por parte alguna de estas diligencias, que fueran un asunto de características de especial complejidad para cuyo conocimiento se requiriera de cierta preparación científica o técnica. Los proponentes eran expertos en materia de televisión, tanto de sus intrincados aspectos técnicos, como de sus implicaciones económicas.

Durante muchos años aquellos fueron concesionarios de espacios de televisión, por lo que no es dable suponer que desconocieran elemento tan relevante y que solamente vinieran a enterarse de él con posterioridad a la presentación de su propuesta o cuando ya se encontraban ejecutando el contrato.

Tal como lo anota la convocada, la actora no estaba relevada de demostrar los fundamentos de hecho en que apoya sus pretensiones, máxime si aquella negó expresamente que hubieran tenido lugar y demandó de su contraparte la prueba correspondiente. A la convocante le correspondía demostrar que una vez

⁸⁰ Documento de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico, pág. 7.

⁸¹ Documento de “RESPUESTAS A LAS SOLICITUDES DE ACLARACIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 003 DE 1997”. CUADERNO DE PRUEBAS No. 6, Fl. 000422.

⁸² Este documento obra en el expediente a folios 000455 a 000489, Cuaderno de Pruebas No. 6.

comenzaron la operaciones de transmisión los televidentes no recibieron la señal, por cuanto las antenas que para entonces tenían instaladas, no eran aptas para la recepción del servicio.

Eran estas circunstancias de hecho de carácter positivo, susceptibles de prueba, la que no se dio.

Así mismo, el Tribunal encuentra razón a la convocada en lo que hace a la precariedad demostrativa que en este asunto ofrece el dictamen rendido por la perito financiera. La experta encontró en la contabilidad de la convocante que *“en el año 1998, se registraron en el Diferido, con cargo de antenas”*, unas determinadas sumas; pero, no expresa, como le preguntaba la convocante, que el gasto anotado en la cuenta tuviera como causa la adquisición de *“antenas receptoras que fueron necesarias para que los habitantes pudieran recibir la señal de los canales públicos y privados.”*

En pocas palabras, el dictamen en el punto en cuestión prueba el gasto, mas no acredita inequívocamente que éste tuviera por objeto la adquisición de las “antenas multibandas” que requería la prestación del servicio al televidente.

Y aún bajo este supuesto, es claro para el Tribunal que la actividad que en este sentido desplegara el concesionario, correspondía a la órbita del riesgo comercial que con la concesión asumió, a fin de hacer posible la prestación del servicio objeto de la concesión, cuya efectividad redundaría en los beneficios y ventajas económicas que esperaba derivar de la ejecución del contrato.

Por lo expuesto, el Tribunal no accederá a las pretensiones principales cuarta, quinta y sexta de la demanda, y así lo consignará en la parte resolutive de este Laudo.

6.9. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CNTV.

En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la entidad convocada propuso las siguientes excepciones de mérito.

6.9.1. “1. Presunción de legalidad de los Actos Administrativos y la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997).”

El apoderado de la entidad convocada sustentó su argumento exceptivo, en el hecho que la sociedad convocante efectúa cuestionamientos sobre la metodología y criterios expuestos en los actos administrativos para el cobro por la asignación y uso de frecuencias, refiriéndose a estación, segmento de *hertz* en todo el territorio nacional, departamento, grado de utilización, criterios éstos que no fueron definidos por los actos administrativos.

Expuso que el Acuerdo 021 de 1997 (así como los actos que lo complementan, modifican y sustituyen) y la Resolución No. 429 de 1997, son actos administrativos en firme que gozan de presunción de legalidad y cuya firmeza o fuerza vinculante no es objeto de debate en la instancia arbitral. No obstante, señaló el apoderado de la CNTV que lo dispuesto en tales actos administrativos si puede ser sometido a interpretación en el trámite arbitral.

Adujo que según el Acuerdo 021 de 1997, la asignación de un canal (banda de frecuencias) se efectúa en relación a municipios y no a departamentos u otras formas de organización territorial, pues la mención de departamentos cumple exclusivamente una función de organización de la información, hecho que se evidencia constatando que frente a cada departamento, no se indica ningún dato que permita predicar una asignación de canal. Por su parte, la Resolución 429 de 1997 establece el valor unitario para cada banda de frecuencias asignada, siendo que el número total de canales es similar al número de municipios con asignación.

Expuso el memorialista que la obligación de pagar es por municipio, pues así lo estableció la CNTV en dos ocasiones, antes de la presentación de la propuesta: al asignar los canales en el Acuerdo 021 de 1997 y al fijar el precio para cada municipio, lo que descarta que tal obligación sea por estación transmisora o por departamento.

Considera el Tribunal que la excepción propuesta debe prosperar, por cuanto sabido es que en la instancia arbitral no es dable pronunciarse sobre la validez de actos administrativos, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para interpretar el marco normativo regulador del vínculo contractual –incluyendo el PUF y la Resolución 429–, pues esa es una facultad inherente a la labor judicial.

6.9.2. “2. El contenido de la obligación contractual y legal de pagar por la asignación y uso de frecuencias al concesionario. El cobro y pago efectuado es el debido por el concesionario y por consiguiente no hay lugar a restitución alguna. El contrato como ley que vincula a los celebrantes.”

Expuso el apoderado de la convocada que la obligación de pagar las tarifas mencionadas en la Resolución No. 429 de 1997 surge al momento de celebrar el contrato de concesión, pues éste constituye el título habilitante para explotar el servicio de televisión abierta, para lo cual se requiere un medio de dispersión de señales radioeléctricas cuyo cause es, en cada municipio, un segmento del espectro electromagnético.

Señaló igualmente que la obligación de pagar no está en función de la señal cursada, pues ésta se causa con el acto administrativo de entrega o puesta a disposición de un segmento del espectro (asignación) y además, la afectación permanente de ese segmento de forma exclusiva para el concesionario (uso), de modo que la transmisión de señales no es sino la consecuencia del acto complejo de asignación y uso. En el mismo sentido, sostuvo el apoderado que las frecuencias siguen afectadas a la operación del concesionario en el Registro de Frecuencias, mientras su solicitud de devolución no sea efectuada por el operador.

A su turno, señaló el mandatario de la CNTV que la obligación de pagar las tarifas mencionadas en la Resolución No. 429 no está condicionada por el número de habitantes de cada municipio, pues una es la obligación de transmitir la señal, que está calificada por el número de habitantes de cada municipio, caso en el cual no es obligación del concesionario llegar a municipios que cuenten con menos de 20.000 habitantes, y otra es la obligación de pagar por la asignación y uso de la frecuencia hecha en el PUF, que no se encuentra condicionada a la población de cada municipalidad.

Considera el Tribunal que la excepción propuesta no debe prosperar, por cuanto (i) el apoderado de la CNTV confunde los conceptos de “adjudicación” (inscripción en el PUF) y “asignación” (autorización a una estación para transmitir por una frecuencia), definidos en un acto administrativo (Res. 1274

de 1997), siendo la asignación y uso la causa legal y contractual para el pago; (ii) por consiguiente, no puede efectuarse el cobro desde la firma del contrato, sino desde cuando se autoriza a la estación y se usa la frecuencia; (iii) la obligación contractual del concesionario de cumplir con el Plan de Expansión, de conformidad con el Pliego y la Propuesta, tiene un alcance limitado: municipios de más de 20.000 habitantes.

6.9.3. “3. Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas.”

Sustentó el memorialista éste argumento exceptivo, en el hecho que la calidad de las antenas de recepción que tenían los hogares colombianos al momento de la apertura de la Licitación No. 003 de 1997 era un factor que debió ser considerado por el entonces proponente para calcular el valor de su oferta económica.

En efecto, sostuvo el mandatario judicial de la Comisión que el proponente conocía previamente a la presentación de su oferta, las bandas de frecuencias que se asignarían a los operadores de los dos canales privados en todos los municipios del país, además que eran agentes expertos en televisión que conocían la estructura técnica del servicio y sus usuarios. A su turno, al depositar su propuesta, declararon conocer las circunstancias en que se prestarían el servicio, por lo que concluyó no es viable despachar favorablemente las pretensiones formuladas con el propósito de obtener la restitución de las sumas invertidas en antenas multibanda.

Considera el Tribunal que la excepción propuesta debe prosperar, por cuanto, a más del análisis realizado sobre los hechos en que se sustenta las pretensiones relativas a los gastos extraordinarios que por concepto de “Antenas” afirma haber incurrido el concesionario, encuentra el Tribunal que el argumento central que la sustenta (conocimiento previo de condiciones técnicas en que se iba a prestar el servicio) encuentra respaldo probatorio: se encuentra acreditado que el PUF se expidió antes de la presentación de la propuesta y que en ella los proponentes declararon conocer los aspectos técnicos de la licitación.

6.9.4. “4. El concesionario no puede ir en contra de sus propios actos ni alegar su propia culpa para pretender una restitución de pagos por frecuencias ni de supuestos gastos extraordinarios por antenas.”

Señaló el apoderado de la CNTV que al presentar su propuesta, el actual operador declaró conocer las condiciones técnicas y económicas de la licitación, por lo que a más de diez años de haber sido adjudicado el contrato de concesión no es factible desconocer las estipulaciones pactadas, menos aún cuando durante su ejecución las tarifas fueron pagadas sin haber sido devuelta alguna frecuencia. Por consiguiente, -razonó el memorialista- no puede ahora el concesionario alegar su negligencia para obtener una declaración y condena a su favor.

Considera el Tribunal que la excepción propuesta prospera parcialmente, en lo que se refiere a las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la convocatoria arbitral (antenas), por las razones expuestas al momento de examinar la tercera excepción formulada por la parte convocada. En lo demás, se denegará, por las razones expuestas al momento de examinar la segunda excepción propuesta por la convocada.

6.9.5. “5. Caducidad y prescripción”

Solicitó el memorialista declarar *“la inviabilidad de la acción con respecto a los hechos de que predica el Demandante (relativos al pago excesivo de sumas por las Bandas de Frecuencias asignadas, así como la restitución de gastos extraordinarios por antenas) en los años iniciales de la concesión y todos aquellos sucesivos, correspondientes a períodos de ejecución del Contrato de Concesión, para los cuales, de acuerdo con la ley, los derechos y las acciones ya hayan prescrito o caducado. (...)”*

Esta excepción a juicio del Tribunal, no prospera por cuanto el Contrato fuente de la controversia, es un contrato estatal y no ha ocurrido aún su liquidación, presupuesto *sine qua non* para iniciar el cómputo de caducidad de la acción contractual por voces del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 136 del C.C.A.⁸³.

VII. COSTAS

El Tribunal con fundamento en lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, y a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, en consideración a que han prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda y que se reconocerá parcialmente fundamento a una de las excepciones de la contestación de la demanda, se abstiene de condenar en costas en el presente trámite.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, con ocasión del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar la objeción por error grave formulada por CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra el dictamen pericial técnico rendido por el experto Lucio Muñoz Muñoz, designado por el Tribunal, por las razones expuestas en este Laudo.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción propuesta por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominada *“5. Caducidad y prescripción”*, por las razones expuestas en este Laudo.

TERCERO: Declarar probadas la excepciones de mérito propuesta por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominadas *“1. Presunción de legalidad de los Actos Administrativos y la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997)”* y *“3. Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas.”*, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

CUARTO. Declarar parcialmente probada la excepción propuesta por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominada *“4. El concesionario no puede ir en contra*

⁸³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 22 de 2009, Exp. 1997-08763-01(17552), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

de sus propios actos ni alegar su propia culpa para pretender una restitución de pagos por frecuencias ni de supuestos gastos extraordinarios por antenas.”, en lo que se refiere a las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la convocatoria arbitral (antenas), por las razones expuestas en este Laudo.

QUINTO. Negar las demás excepciones propuestas, por las razones expuestas en este Laudo.

SEXTO: Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997.

SEPTIMO: Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$13.607.823.120), correspondiente al capital y su actualización a la fecha de este Laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo.

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Sin costas para ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO: Disponer que de la partida de gastos, se le pague a la doctora Alexandra Quintero la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.00) por concepto de honorarios como secretaria en el presente trámite arbitral, correspondiente al periodo comprendido entre el 18 de febrero y el 9 de abril de 2010.

DÉCIMO PRIMERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en el proceso, y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO SEGUNDO: Disponer que la Presidente del Tribunal proceda a protocolizar el expediente contentivo de la actuación adelantada dentro del proceso, en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, D.C., una vez cobre ejecutoria el presente Laudo.

NOTIFÍQUESE.

PATRICIA MIER BARROS
Presidente

DIEGO MORENO JARAMILLO
Árbitro

FELIPE NEGRET MOSQUERA
Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria

Tabla de contenido

I. ANTECEDENTES.....	1
1.1. El Contrato origen de las controversias.	1
1.2. El Pacto Arbitral.....	1
1.3. El trámite del proceso arbitral.....	1
1.4. Término de duración del proceso.....	3
1.5. Presupuestos Procesales.....	3
1.6. Partes Procesales.	4
1.7. Apoderados judiciales.	4
II. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.....	4
2.1. La prueba documental.....	4
2.2. Testimonios.	5
2.3. Dictamen pericial.....	5
2.4. Inspección judicial con exhibición de documentos.....	5
2.5. Oficios.....	5
III. PRETENSIONES.....	5
IV. HECHOS.....	6
4.1. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE LA DEMANDA: ASIGNACIÓN Y UTILIZACIÓN DE FRECUENCIAS. .	6
4.1.1. La posición de la convocante.	6
4.1.2. La posición de la convocada.....	11
4.2. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES CUARTA, QUINTA Y SEXTA: PERJUICIOS Y/O MAYORES COSTOS POR LA INSTALACIÓN DE ANTENAS RECEPTORAS DE TELEVISIÓN PARA LOS TELEVIDENTES.....	14
4.2.1. La posición de la convocante.....	14
4.2.2. La posición de la convocada.....	14
4.3. LOS HECHOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES SÉPTIMA Y OCTAVA: CONDENA A INTERESES Y COSTAS.	15
4.3.1. La posición de la convocante.....	15
4.3.2. La posición de la convocada.....	15
V. LA POSICION DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	15
VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	16
6.1. OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.	16
6.1.1. El escrito de objeciones presentado por Caracol Televisión S.A.	16
6.1.2. La posición de la CNTV.....	17
6.1.3. El concepto del Ministerio Público.....	18
6.1.4. La posición del Tribunal.....	18
6.2. INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA.....	23
6.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	27
6.4. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELEVISIÓN Y LA UBICACIÓN DEL CONTRATO No. 136 DE 1997 EN LOS DISTINTOS TIPOS ESTABLECIDOS EN LA LEY Y LAS CONSECUENCIAS DE SU UBICACIÓN.....	30
6.5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 136 DE 1997.	52
El contrato de Concesión No. 136 de 1997: Un contrato estatal?	53
6.6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.....	58
6.7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA.....	61
6.7.1. Las disposiciones particulares del Contrato de Concesión No. 136 de 1997.....	61
6.7.2. Las competencias de las autoridades administrativas responsables de la Gestión del Espectro Electromagnético para el servicio público de Televisión:	66
6.7.3. Los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997.....	78
6.7.4. La oferta del concesionario.	81
6.7.5. El contrato de concesión No. 136 de 1997.	81
6.8. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES CUARTA, QUINTA Y SEXTA (ANTENAS).....	89
6.8.1. El Principio de Buena Fé.....	90
6.8.2. La pretensión de reconocimiento de gastos extraordinarios en la ejecución del contrato de concesión materia del presente laudo.....	92
6.9. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CNTV.....	98
6.9.1. “1. Presunción de legalidad de los Actos Administrativos y la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997).”	98
6.9.2. “2. El contenido de la obligación contractual y legal de pagar por la asignación y uso de frecuencias al concesionario. El cobro y pago efectuado es el debido por el concesionario y por	

consiguiente no hay lugar a restitución alguna. El contrato como ley que vincula a los celebrantes.”.....	99
6.9.3. “3. Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas.”.....	100
6.9.4. “4. El concesionario no puede ir en contra de sus propios actos ni alegar su propia culpa para pretender una restitución de pagos por frecuencias ni de supuestos gastos extraordinarios por antenas.”.....	100
6.9.5. “5. Caducidad y prescripción”.....	101
VII. COSTAS	101
VIII. PARTE RESOLUTIVA	101