

Laudo Arbitral

Caracol Televisión S.A.

v.

Comisión Nacional de Televisión

Octubre 1° de 2002

Tribunal de Arbitramento

## CAPÍTULO 1

### Antecedentes

#### 1.1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 6 de agosto de 2001, la sociedad Caracol Televisión S.A. solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que resolviera, a través de un proceso arbitral, las pretensiones contenidas en la demanda formulada contra la Comisión Nacional de Televisión.

#### 1.2. El pacto arbitral

En el presente caso el pacto arbitral obra en la cláusula 40, del contrato de concesión 136, suscrito el veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) que obra a folios 2 a 21 del cuaderno de pruebas 1 del expediente.

En efecto, en dicha cláusula se dispone:

“Cláusula 40. Compromisoria. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé 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 Santafé 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. Etapa prearbitral

##### 1.3.1. Trámite inicial

Tras la presentación de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento por parte de Caracol Televisión S.A., el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, procedió a admitirla y a correr traslado a la parte convocada, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2001, notificada por estado del día 27 del mismo mes y año, y personalmente a la Comisión Nacional de Televisión en los términos del artículo 23 de la Ley 446 de 1998, el día 7 de septiembre de 2001.

Contra la providencia que admitió la solicitud de convocatoria del tribunal, el 12 de septiembre de 2001, el apoderado de la convocada interpuso recurso de reposición y solicitó que se rechazara de plano tal solicitud de convocatoria. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2001, notificado por estado el 2 de octubre del mismo año confirmó la decisión recurrida.

Adicionalmente, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión dio contestación a la demanda

pronunciándose sobre los hechos y las pretensiones contenidos en ella, formuló excepciones, y solicitó pruebas, las cuales se decretaron por el tribunal según se mencionará más adelante. Igualmente, mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2001, presentó demanda de reconvención, la cual fue admitida por medio de providencia de fecha 29 de octubre de 2001, notificada por estado el día 30 del mismo mes y año, y personalmente al apoderado de Caracol Televisión S.A. el 15 de noviembre de 2001.

Posteriormente, Caracol Televisión S.A. procedió a dar contestación a la demanda de reconvención, pronunciándose sobre los hechos, sobre las pretensiones, formulando excepciones tanto de mérito como previas —de estas últimas desistió posteriormente— y solicitando la práctica de una prueba, en los términos que se hará referencia más adelante.

Luego, mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2001, notificado por estado el 17 de los mismos mes y año, el centro de arbitraje fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación el 22 de enero siguiente.

El apoderado de la convocada, mediante escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 17 de enero de 2002, solicitó que se señalara nueva fecha para llevar a cabo la mencionada audiencia de conciliación, a lo cual el centro de arbitraje accedió y fijó nueva fecha para el día 31 de enero del mismo año.

A la audiencia de conciliación comparecieron, el señor Jorge Martínez de León en su condición de representante legal de la sociedad Caracol Televisión S.A. su apoderado judicial, el representante legal de la Comisión Nacional de Televisión, doctor Sergio Alfonso Quiroz Plazas, junto con su apoderado y el doctor Nelson Serrano Vega en representación del Ministerio Público. Después de un intercambio de opiniones quedó clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia.

### 1.3.2. Nombramiento de los árbitros

De acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria, el 19 de marzo de 2002 los apoderados de las partes radicaron ante el centro de arbitraje y conciliación un escrito en el que manifestaron su decisión de designar como árbitros, a la doctora Consuelo Sarria Olcos y a los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García. El director del centro de arbitraje informó a los nombrados su designación, quienes aceptaron dentro del término legal.

### 1.3.3. Instalación del tribunal

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó como fecha para celebrar la audiencia de instalación del tribunal el día 8 de mayo de 2002 a las 9:30 a.m.

En la fecha y hora señaladas se inició la audiencia de instalación a la cual asistieron los apoderados de las partes, el representante del Ministerio Público y los doctores Consuelo Sarria Olcos, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García. En dicha audiencia el tribunal nombró como presidente al doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, quien aceptó y como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle, declaró legalmente instalado el tribunal y fijó las sumas a cargo de las partes por concepto de honorarios y gastos del tribunal para ser canceladas por las partes dentro del término legal.

### 1.3.4. Sumas a cargo de las partes

Según se mencionó antes, en la audiencia de instalación el tribunal fijó las sumas necesarias para sufragar los gastos de funcionamiento. Tanto la parte convocante, como la parte convocada consignaron oportunamente las sumas a su cargo.

## 1.4. Trámite arbitral

### 1.4.1. Las partes y su representación

Las partes en el presente proceso son las siguientes:

Demandante: Es la sociedad Caracol Televisión S.A., constituida por escritura pública 4656 del 28 de agosto 1969 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, ha sido reformada en varias ocasiones, su domicilio principal es la ciudad de Bogotá, D.C. y sus representantes legales son el presidente, Luis Ricardo Alarcón Gaviria, y los tres suplentes, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 18 y siguientes del cuaderno principal 1 del expediente.

En dicho certificado aparecen como primer suplente, Rosa Emilia Fonseca Gómez, tercer suplente, Jorge del Cristo Martínez de León.

Demandada: Es la Comisión Nacional de Televisión, persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., y cuyo representante legal es el director de la junta directiva, todo lo anterior conforme a los artículos 3º y 14 de la Ley 182 de 1995. Según certificación que obra a folio 32 del cuaderno principal 1, para la época en que se dio inicio al presente proceso arbitral, el director era el doctor Ricardo Lombana Moscoso, posteriormente se allegó al expediente una certificación en la cual consta que el actual director es el doctor Antonio Bustos Esguerra.

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; según poderes especiales a ellos conferidos, y cuya personería fue reconocida en el proceso. Así mismo, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión presentó poder especial para formular demanda de reconvencción.

#### 1.4.2. La demanda

##### 1.4.2.1. Los hechos en los que se sustenta la demanda

En la demanda se plantearon los siguientes hechos:

1. “Mediante Resolución 424 del 18 de septiembre de 1997 la Comisión Nacional de Televisión, ordenó la apertura de la licitación pública 003 de 1997, cuyo objeto fue el otorgamiento de dos concesiones para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada, N1 y N2”.

2. “Mediante Resolución 582 del 24 de septiembre de 1997 la Comisión Nacional de Televisión adjudicó la mencionada licitación pública. Una de las dos concesiones, la correspondiente al canal de operación privada N2, fue entregada a la sociedad Caracol Televisión S.A., demandante en el presente proceso, en los términos establecidos en el contrato 136 suscrito entre las partes el 22 de diciembre de 1997”.

3. “En el capítulo III (régimen financiero) del pliego de condiciones de la licitación pública 3 de 1997 se establece:

“3.3. Aporte al Fondo de desarrollo de la televisión pública

De conformidad con el artículo 16 parágrafo 2º de la Ley 335 de 1996, cada uno de los concesionarios de los canales nacionales de operación privada (N1-N2) deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública pagaderos trimestralmente a nombre de la Comisión Nacional de Televisión - Fondo de desarrollo de la televisión pública” ...”. (se resalta)

4. “En la cláusula 15 del contrato de concesión para la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2, se establecen las obligaciones del concesionario. El numeral 14 de esta cláusula, fue modificado en el otrosí 1 (cláusula tercera) al mencionado contrato, celebrado el 8 de noviembre de 1999. En virtud de dicha modificación, el numeral 14 de la cláusula 15, quedó así:

“Cláusula 15. Obligaciones del concesionario. El concesionario se obliga a:

(...).

14. Destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública que será pagadero dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido el año de su causación.

(...)" (se resalta)

5. "El literal 14 forma parte de cláusula 15 del contrato, el cual regula las obligaciones del concesionario. De conformidad con la cláusula primera, el objeto de la concesión es la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2. En virtud de lo anterior se adquiere la calidad de concesionario. Según el segundo inciso del párrafo de la cláusula primera del contrato, concesionario es quien tiene "a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión ..., mediante la operación y explotación del canal asignado; en consecuencia (el concesionario) será programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas".

6. "El artículo 20 de la Constitución Política establece como un derecho fundamental la libertad de fundar medios masivos de comunicación. De conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos ni requisitos, sin autorización de la ley". El Estado reconoce como industria las actividades nacionales de producción vinculadas al servicio de televisión y como tal está en la obligación de estimularla y protegerla (L. 182/95, art. 63). La manera como los canales nacionales de operación privada obtienen los ingresos provenientes de la explotación de su concesión es a través de la venta de espacios publicitarios".

7. "De conformidad con el artículo 1º de la Ley 182 de 1995. la televisión es un servicio sujeto a la titularidad, reserva, control, vigilancia y regulación del Estado, cuya prestación puede ser dada en concesión los particulares. De acuerdo con la definición del servicio de televisión contenida en la ley<sup>(1)</sup> el objeto material de la concesión es la posibilidad de emitir, transmitir, difundir, radiar y recibir señales de audio y video en forma simultánea. Esas y solo esas son las actividades objeto de la reserva estatal consagrada en la ley y conforman la materia de la concesión del servicio público de televisión".

8. "La calidad de concesionario, esto es, la operación y explotación del canal nacional de operación es la que impone al contratista la obligación de pago y todas las demás obligaciones contenidas en la cláusula 15 del contrato. O lo que es lo mismo, la obligación de pago solo se da respecto de la facturación proveniente de dicha concesión. La fuente de ingresos de la concesión, cual es la venta de la pauta publicitaria, está sometida al gravamen del 1.5%, pues, dicha venta es un acto de comercio que solo puede realizar quien sea titular de una concesión".

9. "En tal virtud, la facturación proveniente de actividades que no dependan de la calidad de concesionario tales como, la producción y comercialización de material audiovisual, la realización de eventos, la enajenación de derechos inmateriales y todas las demás que se desarrollen en ejercicio del objeto social, no forma parte de la contribución de que trata el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión. Ninguna actividad que genere facturación y pueda realizarse sin tener la calidad de concesionario, debe quedar comprendida dentro de la obligación de pago del 1.5 % a favor del Fondo para el desarrollo de la televisión pública".

10. "El 18 de julio de 2001 Caracol Televisión S.A. recibió la factura de venta 05350 de la Comisión Nacional de Televisión en la cual se hace un ajuste del pago del 1.5 % a favor del Fondo para el desarrollo de la televisión pública correspondiente a los años 1999, 2000 y 2001. En el anexo a la mencionada factura se contabilizan todos los ingresos brutos del concesionario, sin excluir las rebajas, devoluciones ni descuentos, así como tampoco otros ingresos derivados de actividades distintas a la operación y explotación de la concesión".

#### 1.4.2.2. Las pretensiones

En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

" Primera. Que se determine el sentido del numeral 14 de la cláusula 15<sup>(2)</sup> del contrato de concesión 136 celebrado entre las partes el 22 de diciembre de 1997 y cuyo objeto es el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2, modificado en la cláusula tercera del otrosí 1 al mencionado contrato celebrado el 8 de noviembre de 1999, en los siguientes términos:

a) Para el cálculo de la facturación bruta anual se excluirán las rebajas, devoluciones y descuentos efectuados por el concesionario durante el período correspondiente;

b) La base de la facturación bruta anual sobre la cual se aplicará el 1.5% está constituida exclusivamente por los ingresos efectivamente causados y facturados por el concesionario por concepto de la venta de comerciales o propaganda comercial”.

“Segunda. Que se condene a la Comisión Nacional de Televisión en costas procesales y en todos los gastos que se originen con ocasión de la instalación y trámite del presente proceso arbitral”.

#### 1.4.3. Contestación a la demanda

En la contestación a la demanda, respecto a las pretensiones la Comisión Nacional de Televisión expresó:

“Me opongo a todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral, por carecer de sustento en los hechos ocurridos realmente y en el derecho invocado”.

“Solicito que en el laudo que ponga fin al proceso arbitral se declaren probadas las excepciones de mérito que adelante formulo, se absuelva a mi mandante de las pretensiones de la demanda formulada por Caracol, se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención y se condene en costas a la sociedad convocante”.

En cuanto a los hechos planteados en la demanda, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión manifestó:

“Al hecho 1: Es cierto”.

“Al hecho 2: Es cierto”.

“Al hecho 3: Es cierto. Con todo, y para mayor claridad, conviene transcribir en su integridad el numeral 3.3. de los pliegos:

#### “3.3. Aporte al Fondo para el desarrollo de la televisión pública

De conformidad con el artículo 16 parágrafo 2º de la Ley 335 de 1996, cada uno de los concesionarios de los canales nacionales de operación privada (N1-N2) deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, pagaderos trimestralmente a nombre de la “Comisión Nacional de Televisión – Fondo de desarrollo de la televisión pública”, de la siguiente forma:

Ingresos causados entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo, antes del quince (15) de mayo, entre el primero (1º) de abril y el treinta (30) de junio, antes del quince (15) de agosto; entre el primero (1º) de julio y el treinta (30) de septiembre, antes del quince (15) de noviembre; y entre el primero (1º) de octubre y el treinta y uno (31) de diciembre, antes del quince (15) de febrero del año siguiente.

El pago deberá ser acompañado por una comunicación del revisor fiscal certificando los ingresos brutos del trimestre en cuestión.

Cualquier información fraudulenta suministrada por el concesionario dará lugar, en todo caso, a la declaratoria de la caducidad del contrato de concesión y al pago de las multas e indemnizaciones consagradas en la ley y en el respectivo contrato”. (negrillas fuera de texto original)

“Al hecho 4: En la medida en que se trata de una transcripción parcial de un documento contractual, puede decirse que el hecho es cierto. Con todo, y para una mayor claridad, conviene precisar que el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato disponía:

“Cláusula 15. Obligaciones del concesionario. El concesionario se obliga a:

(...).

14. Destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, que será pagadero trimestralmente, dentro de los quince (15) días siguientes a cada trimestre”. (negrilla fuera de texto original)

“Como consecuencia de diversas comunicaciones remitidas por los operadores de los canales privados de Televisión, y principalmente la comunicación del 26 de mayo de 1999 dirigida a la CNTV clamando por medidas de alivio ante la difícil situación económica, la CNTV, tal como consta en el acta 600 del 30 de septiembre de 1999, aprobó la toma de alivios en el sentido requerido por los contratistas, entre ellos la suscripción de un otrosí a los contratos de concesión. En el borrador del otrosí aprobado por la CNTV, aparece la cláusula tercera que lee:

“Cláusula tercera: El numeral 14 de la cláusula 15 del contrato 140 de 1997 y del contrato 136 de 1997. quedará así: Destinar el 1.5% de la facturación bruta para el Fondo de desarrollo de televisión pública que será pagadero dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido el año de su causación”. (negrilla fuera de texto original)

“Exactamente en los mismos términos transcritos, las partes modificaron el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión, tal como consta en el otrosí 1 suscrito el 8 de noviembre de 1999. Es de resaltar que, como se desprende de su mismo texto, el único cambio entre lo dispuesto originalmente y la modificación posterior acordada por las partes —actualmente vigente—, tuvo que ver con el plazo o el término a partir del cual se debía pagar el 1.5% de la facturación bruta para ser destinado al Fondo de desarrollo de televisión pública”.

“Al hecho 5: No es un hecho. Es la interpretación subjetiva de una serie de cláusulas contractuales citadas fragmentariamente por el actor”.

“Al hecho 6: No es un hecho. Es la aplicación subjetiva y parcial de los artículos 20 y 333 de la Carta Política y de la Ley 182 de 1995 al contrato de concesión celebrado entre Caracol Televisión y la CNTV. En cuanto a la afirmación de que los canales nacionales de operación privada obtienen sus ingresos provenientes de la explotación de su concesión a través de la venta de espacios publicitarios, es parcialmente cierto, pues las empresas concesionarias —como Caracol— también cuentan con importantes fuentes de ingresos, como las ventas internacionales y la producción de programas y comerciales, que o son consecuencia, o se aprovechan o se relacionan de una forma u otra con la operación del canal de televisión”.

“Al hecho 7: No es un hecho. Es una interpretación parcial y subjetiva del actor respecto del alcance y efectos de la Ley 182 de 1995”.

“Al hecho 8: No es cierto en cuanto a que el gravamen del 1.5% únicamente es aplicable a la venta de pauta publicitaria. El artículo 16 de la Ley 335 de 1996, los documentos precontractuales, el contrato de concesión 136 del 22 de diciembre de 1997 y el otrosí 1 suscrito el 8 de noviembre de 1999 se refieren a la obligación de destinar el 1.5% de la facturación bruta al Fondo de desarrollo de televisión pública. Estas disposiciones en parte alguna limitaron el cálculo para liquidar el gravamen a lo que se facturara por la venta de pauta publicitaria; se refirieron a la facturación bruta de Caracol. En fin, no debe olvidarse que donde el legislador y la ley contractual no distinguen, no le es dable hacerlo al intérprete”.

“Al hecho 9: No es un hecho, es una apreciación subjetiva de lo que la convocante entiende son sus obligaciones contractuales. De todas formas, bien vale aclarar que lo que claramente pretende Caracol en este caso es que por vía de interpretación se modifique la legislación y por contera el contrato de concesión para cancelar una suma de dinero con destino al Fondo de desarrollo de televisión pública sustancialmente menor a la que está legal y contractualmente obligado a pagar”.

“Al hecho 10: Es cierto. La contabilización de los ingresos brutos de Caracol realizada por la CNTV se ajusta a lo que dispone la ley, el contrato de concesión y el otrosí 1 al contrato”.

Como excepciones a la demanda, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión formuló las siguientes:

“Ausencia de elementos oscuros o conflictivos que ameriten una interpretación judicial de la cláusula contractual”, “Imposibilidad de que por vía de interpretación se modifique la ley que se reprodujo literalmente en el contrato de concesión”, “imposibilidad de que por vía de interpretación se modifique la cláusula del contrato que reproduce literalmente el texto de la ley”.

#### 1.4.4. La demanda de reconvención

#### 1.4.4.1. Los hechos en los que se sustenta la demanda

En la demanda reconvención se plantearon los siguientes hechos:

“Primero: Mediante Resolución 0424 del 18 de septiembre de 1997 la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación pública 003 de 1997 para la concesión para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada 1 y 2”.

“Segundo: La sociedad Caracol Televisión S.A. adquirió el pliego de condiciones para participar en la licitación pública 003 de 1997 para la concesión para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada 1 y 2 (en adelante el “Pliego de condiciones”).

“Tercero: El capítulo III, sección III del pliego de condiciones estableció en el punto 3.3 que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada (N1-N2) deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de televisión pública, pagaderos trimestralmente a nombre de la “Comisión Nacional de televisión - Fondo de desarrollo de televisión pública”.

“Cuarto: Lo previsto en el referido punto 3.3. del pliego de condiciones, terminó convirtiéndose en el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato, tal cual fue modificado finalmente por la cláusula tercera del otrosí 1 del 8 de noviembre de 1999, que dispone:

Cláusula 15. Obligaciones del concesionario. El concesionario se obliga a:

(...).

14. Destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de televisión pública que será pagadero dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido el año de su causación”. (negrilla fuera de texto original)

“Quinto: Para la liquidación del porcentaje a cargo de Caracol con destino al Fondo de desarrollo de televisión pública, Caracol informaba periódicamente a la CNTV el monto total de la facturación bruta y la CNTV con base en dicha información preparaba la factura que posteriormente le remitía al concesionario”.

“Sexto: Para la liquidación del porcentaje correspondiente a los años 1999 y 2000, Caracol no suministró a la CNTV la cifra total de facturación bruta, pues de manera unilateral decidió reportar únicamente la facturación por concepto de venta de pauta publicitaria, dejando al margen de su información la facturación por concepto de producción de comerciales y de ventas internacionales que indiscutiblemente forman parte de la “facturación bruta anual” de Caracol. Las cifras reportadas por Caracol fueron las siguientes:

Fecha	Ingresos
31-Ene.-99	2.583.135.133
28-Feb.-99	4.072.015.267
31-Mar.-99	5.002.579.133
30-Abr.-99	6.244.262.933
31-Mayo-99	6.572.705.400
30-Jun.-99	5.962.377.800
31-Jul.-99	8.387.715.467
31-Ago.-99	5.701.469.867
30-Sep.-99	6.708.878.267
31-Oct.-99	8.782.032.133
30-Nov.-99	9.747.238.333

30-Dic.-99	10.350.683.800
<b>Subtotales</b>	80.115.093.533
<b>Fecha</b>	<b>Ingresos</b>
31-Ene.-00	4.605.817.733
28-Feb.-00	7.382.150.533
31-Mar.-00	10.234.209.600
30-Abr.-00	11.900.938.133
31-Mayo-00	12.527.998.667
30-Jun.-00	13.644.364.067
31-Jul.-00	12.979.996.933
31-Ago.-00	13.050.088.400
30-Sep.-00	15.398.338.600
31-Oct.-00	17.571.984.133
30-Nov.-00	17.057.441.133
31-Dic.-00	14.918.926.933
<b>Subtotal</b>	151.272.254.867

“Séptimo: Como consecuencia directa de la incompleta información suministrada por Caracol a la CNTV sobre su “facturación bruta anual”, mi mandante apenas liquidó y facturó con base en las cifras parciales dadas por la reconvenida”.

“Octavo: Si Caracol hubiera suministrado a la CNTV la información completa sobre su “facturación bruta anual”, adicionando a la pauta comercial la facturación por concepto de producción de comerciales y de ventas internacionales, la “facturación bruta anual” que hubiera tenido en cuenta la CNTV para proceder a la facturación del 1.5% era la siguiente:

<b>Fecha</b>	<b>Ingresos</b>
31-Ene.-99	3.085.673.821
28-Feb-99	4.864.209.675
31-Mar.-99	5.975.811.048
30-Abr.-99	7.459.059.503
31-Mayo-99	7.851.399.148
30-Jun.-99	7.122.334.736
31-Jul.-99	10.019.512.220
31-Ago.-99	6.810.668.200
30-Sept.-99	8.014.063.906
31-Oct.-99	10.490.541.629
30-Nov.-99	11.643.524.864
30(sic)-Dic.-99	12.364.368.251
<b>Subtotales</b>	95.701.167.000



Fecha	Ingresos
31-Ene-00	5.532.868.983
28-Feb.-00	8.868.017.381
31-Mar.-00	12.294.134.102
30-Abr.-00	14.296.338.952
31-Mayo-00	15.049.613.176
30-Jun.-00	16.390.678.726
31-Jul.-00	15.592.588.893
31-Ago.-00	15.676.788.253
30-Sep.-00	18.497.690.305
31-Oct.-00	21.108.843.557
30-Nov.-00	20.490.734.207
31-Dic.-00	17.921.783.464
<b>Subtotal</b>	<b>181.720.080.000</b>

“Noveno: Si la CNTV hubiera contado con una información veraz y completa sobre el monto total de la “facturación bruta anual”, hubiera producido a cargo de Caracol una facturación en virtud de la cual debía pagar a la CNTV por el concepto mencionado, las siguientes cantidades de dinero:

Fecha	Valor a pagar
30-Ene.-99	46.285.107
28-Feb.-99	72.963.145
31-Mar.-99	89.637.166
30-Abr.-99	111.885.893
31-Mayo-99	117.770.987
30-Jun.-99	106.835.021
31-Jul.-99	150.292.683
31-Ago.-99	102.160.023
30-Sep.-99	120.210.959
31-Oct.-99	157.358.124
30-Nov.-99	174.652.873
30-Dic.-99	185.465.524
<b>Total</b>	<b>1.435.517.505</b>
Fecha	Valor a pagar
31-Ene.-00	82.993.035
28-Feb.-00	133.020.261
31-Mar.-00	184.412.012
30-Abr.-00	214.445.084

31-Mayo-00	225.744.198
30-Jun.-00	245.860.181
31-Jul.-00	233.888.833
31-Ago.-00	235.151.824
30-Sep.-00	277.465.355
31-Oct.-00	316.632.653
30-Nov.-00	307.361.013
31-Dic.-00	268.826.752
<b>Total</b>	<b>2.725.801.200</b>

“Décimo: Como consecuencia de la omisión informativa, Caracol no cumplió su obligación de pagar a la CNTV la totalidad de las sumas adeudadas por los años citados, pues dejó de pagar las siguientes cantidades de dinero:

Fecha	Valor diferencia
30-Ene.-99	7.538.080
28-Feb.-99	11.882.916
31-Mar. -99	14.598.479
30-Abr.-99	18.221.949
31-Mayo-99	19.180.406
30-Jun.-99	17.399.354
31-Jul.-99	24.476.951
31-Ago.-99	16.637.975
30-Sep. -99	19.577.785
31-Oct.- 99	25.627.642
30-Nov.-99	28.444.298
30-Dic.-99	30.205.267
<b>Subtotales</b>	<b>233.791.102</b>
Fecha	Valor diferencia
31-Ene.-00	12.901.210
28-Feb.-00	20.492.941
31-Mar.-00	21.261.446
30-Abr.-00	24.432.788
31-Mayo-00	25.936.017
30-Jun.-00	25.463.446
31-Jul.-00	27.857.937
31-Ago.-00	26.648.964
30-Sep.-00	27.627.873
31-Oct. -00	
30-Nov.-00	

31-Dic.-00	
<b>Subtotal</b>	212.622.623

“Undécimo: Hasta la fecha de presentación de esta demanda, Caracol no ha pagado a la CNTV las sumas a su cargo, mencionadas en el hecho anterior”.

#### 1.4.4.2. Las pretensiones

En la demanda de reconvencción se formularon las siguientes pretensiones:

“Primera: DECLARAR que de acuerdo con el contrato de concesión 136, modificado por el otrosí 1 de fecha 8 de noviembre de 1999, celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV) y Caracol Televisión S.A. (en adelante “Caracol”), la concesionaria Caracol está en la obligación de destinar el 1.5% de su facturación bruta anual al Fondo de desarrollo de televisión pública, para lo cual deberá tener en cuenta la totalidad de los ingresos que haya recibido dicha empresa, sin excluir ningún concepto, tales como devoluciones, descuentos, rebajas, producción de comerciales ni ventas internacionales.

“Segunda: DECLARAR en consecuencia, que Caracol debió pagar a la CNTV por el concepto anterior, las siguientes cantidades de dinero:

“2.1. Por el año de 1999 la cantidad de \$ 1.435.517.505.

“2.2. Por el año de 2000 la cantidad de \$ 2.725.801.200”.

“Tercera: DECLARAR que Caracol no cumplió su obligación de pagar a la CNTV la totalidad de las sumas adeudadas por los años citados, pues dejó de pagar las siguientes cantidades de dinero:

“3.1. La cantidad de \$ 233.791.102.00 durante el año de 1999, correspondiente a la facturación que dejó reportar en las siguientes fechas:

Fecha	Fecha de pago	1.5% de factura
		no reportada
31-Ene.-99	15- Abr.-99	7.538.080
28-Feb.-99	15-Abr.-99	11.882.916
31-Mar.-99	15-Abr.-99	14.598.479
30-Abr.-99	15-Jul.-99	18.221.949
31-Mayo-99	15-Jul.-99	19.180.406
30-Jun.-99	15-Jul.-99	17.399.354
31-Jul.-99	15-Abr.-99	24.476.951
31-Ago.-99	15-Abr.-99	16.637.975
30-Sep.-99	15-Abr.-99	19.577.785
31-Oct.-99	04-Ene.-01	25.627.642
30-Nov.-99	04-Ene.-01	28.444.298
30-Dic.-99	04-Ene.-01	30.205.267
<b>Total</b>		<b>233.791.102</b>

“3.2. La cantidad de \$ 212.622.623 durante el año 2000 correspondiente a la facturación que dejó reportar en las siguientes fechas”.

Fecha	Fecha de pago	1.5% de factura
		no reportada
31-Ene.-00	05-Abr.-01	12.901.210
28-Feb.-00	05-Abr.-01	20.492.941
31-Mar.-00	05-Abr.-01	21.461.446
30-Abr.-00	05-Jul.-01	24.432.788
31-Mayo-00	05-Jul.-01	25.936.017
30-Jun.-00	05-Jul.-01	25.463.446
31-Jul.-00	05-Oct.-01	27.857.937
31-Ago.-00	05-Oct.-01	26.648.964
30-Sep.-00	05-Oct.-01	27.627.873
31-Oct.-00		
30-Nov.-00		
30-Dic.-00		
Total		212.622.623

“Cuarta: CONDENAR a Caracol a pagar a la CNTV las cantidades de dinero mencionadas en la pretensión anterior junto con los intereses de mora liquidados a la tasa fijada para créditos ordinarios de libre asignación, aumentada en una mitad que se hubieren causado desde el día en que cada una de las obligaciones debió pagarse hasta el día en que el pago efectivamente se produzca.

“Quinta: Condenar a Caracol a pagar las costas del proceso”.

#### 1.4.5. Contestación a la demanda de reconvencción

Respecto a las pretensiones manifestó:

“Me opongo integralmente a las pretensiones de la demanda, pues, carecen de fundamento fáctico y jurídico, tal como se demostrará en el proceso y como resultado de las excepciones de mérito que se proponen en este escrito y las previas que se presentan en escrito separado, conforme a la exigencia del artículo 98 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a los hechos manifestó:

“Hecho primero: Es cierto”.

“Hecho segundo: Es cierto”.

“Hecho tercero: Es cierto”.

“Hecho cuarto: Es cierto”.

“Hecho quinto: Es cierto”.

“Hecho sexto: No es cierto como está redactado. Caracol Televisión S.A. suministró oportunamente toda la información referente a la totalidad de la facturación bruta proveniente de la actividad generada de su calidad de concesionario de la operación y explotación de un canal privado de televisión. La facturación por concepto de ingresos provenientes de la producción de comerciales y de ventas internacionales no forma parte de la base para la liquidación de la contribución del 1.5% establecida en el contrato de concesión, por cuanto(sic) ellos no se generan

por la actividad objeto de concesión por parte de la Comisión Nacional de Televisión”.

“Hecho séptimo: No es cierto como está redactado. De acuerdo con la consideración hecha a propósito del hecho anterior, Caracol Televisión S.A. no suministró información “incompleta” ni cifras “parciales””.

“Hecho octavo: No es cierto. La contribución del 1.5% se liquida sobre la facturación bruta proveniente de la actividad generada de la calidad de concesionario de la operación y explotación de un canal privado de televisión. Por tanto, cualquier otro valor no debe ser tenido en cuenta”.

“Hecho noveno: No es cierto. Se trata de una simple suposición, basada en la errada consideración de que Caracol Televisión S.A. ha debido, para efectos de la contribución del 1.5% incluir ingresos que no se causan de su calidad de concesionario de la operación y explotación de un canal privado de televisión, sino del simple desarrollo de su objeto social”.

“Hecho décimo: No es cierto. Caracol Televisión S.A. no incurrió en ninguna “omisión informativa”, ni dejó de pagar las sumas que corresponden a la contribución del 1.5% liquidada sobre la facturación bruta proveniente de la actividad generada de la calidad de concesionario de la operación y explotación de un canal privado de televisión”.

“Hecho Undécimo: No es cierto, pues, tampoco es cierto el hecho anterior en el cual se fundamenta”.

Como excepción a la demanda de reconvención, el apoderado de Caracol Televisión S.A. formuló la de “Inexistencia del derecho del demandante en reconvención a obtener las declaraciones solicitadas”.

#### 1.4.6. Primera audiencia de trámite

El día 28 de junio de 2002 se terminó la primera audiencia de trámite, en la cual el tribunal se declaró competente para conocer del proceso. Contra esta decisión el representante del Ministerio Público interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente.

#### 1.4.7. Pruebas

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas del proceso y posteriormente decretó de oficio pruebas adicionales.

##### Documentales

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda, a la contestación de la demanda ya la demanda de reconvención, con el valor que les atribuye la ley.

Posteriormente, el tribunal, de oficio, solicitó a la parte demandante aportar copia auténtica del acta de junta directiva de Caracol Televisión S.A. número 324 del 8 de agosto de 2002, documento que fue puesto a disposición del tribunal el día 12 de septiembre de 2002.

Adicionalmente, el tribunal, a petición de la parte demandada, decretó la exhibición de documentos por parte de la sociedad Caracol Televisión S.A. en donde “consten los movimientos correspondientes a los ejercicios de los años 1999, 2000 y 2001, limitada a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil:

1. El libro de actas de junta directiva.
2. El libro de actas de junta de socios.
3. Estados financieros.
4. Los informes a la junta directiva y a la asamblea general de accionistas”.

La anterior diligencia fue llevada a cabo el día 10 de julio de 2002, durante la cual se incorporaron al expediente algunos de los documentos exhibidos, de acuerdo con lo solicitado por el apoderado de la Comisión Nacional de

Televisión, según consta en el acta 6, que obra a folios 181 y siguientes del cuaderno principal del expediente.

## Oficios

El tribunal decretó el envío de una comunicación dirigida a la Comisión Nacional de Televisión, para que remita copia auténtica de los siguientes documentos: a) “Antecedentes que reposan en los archivos de la entidad referentes a la celebración de los contratos de concesión para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada N1 y N2, con sus modificaciones y adendas”; b) “Comunicaciones cruzadas entre las partes y radicadas en esa entidad, relacionadas con el pago establecido en el numeral 14 de la cláusula 15 de los contratos de concesión antes mencionados”; c) “Todos los documentos que reposan en los archivos de la entidad referentes al pago de que trata el punto anterior”; d) “Copia auténtica de “todos los documentos en los cuales consten los estudios elaborados por la entidad en cumplimiento del artículo 5º, literal g) de la Ley 182 de 1995 para la fijación del valor de la concesión establecido en la cláusula 7ª del contrato cuyo objeto es el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2”.

La respuesta al mencionado oficio obra a folios 1 a 429 del cuaderno de pruebas 2 del expediente.

Igualmente, el tribunal decretó, de oficio, el envío de una comunicación dirigida al Congreso de la República a fin de que expidiera con destino al presente proceso copia auténtica de las Gacetas 293 del 1º de agosto de 2000, 405 del 5 de octubre de 2000, 443 del 10 de noviembre de 2000, 511 del 21 de diciembre de 2000, 258 del 31 de mayo de 2000, 278 del 8 de junio del 2001, 327 del 9 de julio de 2001 y 398 de 2001.

Copia auténtica de las mencionadas gacetas fue incorporada al expediente.

En relación con esta prueba, la parte convocante, presentó un escrito al tribunal, el día 26 de septiembre de 2002. el cual se agregó al expediente.

## Interrogatorio de parte

El interrogatorio de parte decretado para el representante legal de la sociedad Caracol Televisión S.A., fue absuelto por el doctor Jorge Martínez de León y se llevó a cabo el día 10 de julio de 2002. Durante el transcurso de la diligencia el declarante solicitó autorización al tribunal para suspender la respuesta a algunas de las preguntas formuladas. El tribunal accedió a lo solicitado y dispuso que se diera respuesta a las preguntas suspendidas en audiencia del 15 de julio de 2002.

La transcripción del interrogatorio aparece a folios 232 a 240 del cuaderno de pruebas 1 del expediente.

## Testimonios

Las pruebas consistentes en los testimonios de los señores Ricardo Lombana y Joaquín Ruiz, conforme a las solicitudes presentadas de común acuerdo por los apoderados de las partes, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, fueron trasladadas del proceso arbitral de RCN Televisión S.A. contra la Comisión Nacional de Televisión, tal como consta en el acta 7 que obra a folios 186 a 188 del cuaderno principal 1 del expediente.

Durante la recepción del testimonio del señor Ricardo Lombana, se le solicitó aportar al proceso, copia del “informe de auditoría elaborado por la Contraloría General de la República, en el año 2000” así como del “Plan de acción elaborado por la Comisión Nacional de Televisión”; el primero de estos documentos, fue debidamente aportado y en relación con el segundo, las partes de común acuerdo desistieron de tenerlo como prueba.

Igualmente, durante la recepción del testimonio del señor Joaquín Ruiz, se le solicitó al declarante aportar al proceso, las “comunicaciones remitidas por RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. a la Comisión Nacional de Televisión y sus respuestas” y los “certificados expedidos por los revisores fiscales o contadores de RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. en relación con la liquidación del porcentaje a favor de la Comisión Nacional de Televisión”, documentos que fueron debidamente aportados.

## 1.5. Término del proceso

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, diligencia que finalizó el 28 de junio de 2002.

Los apoderados de las partes solicitaron de común acuerdo la suspensión del proceso desde el 16 de julio al 29 de agosto de 2002. la cual fue decretada por el tribunal. Sin embargo, el día 18 de agosto de 2002 los apoderados de las partes de común acuerdo solicitaron que se reanudara el término del proceso, a lo cual accedió el tribunal.

En estas condiciones, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

## CAPÍTULO 2

### Alegaciones de las partes

En audiencia celebrada el 30 de agosto de 2002. las partes presentaron sus alegaciones en forma oral y de ellas allegaron un resumen escrito, el cual fue incorporado al expediente.

## CAPÍTULO 3

### Consideraciones y decisión del tribunal

#### 3.1. La competencia del tribunal arbitral

En primer término, y como quiera que el señor agente del Ministerio Público en su alegato de conclusión manifestó que el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para decidir la presente controversia, el tribunal estima pertinente iniciar sus consideraciones haciendo referencia a la competencia que le asiste para conocer y fallar el presente proceso.

En la primera audiencia de trámite, celebrada el 28 de julio de 2002, el tribunal manifestó:

“En vista de que en la etapa prearbitral el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión interpuso recurso de reposición en contra del auto admisorio de la solicitud de convocatoria proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por considerar que el asunto objeto de la controversia “no puede ser sometido a su conocimiento y posterior decisión de árbitros” (negrilla ajena al texto) y que en las consideraciones que motivaron la decisión de dicho recurso el centro de arbitraje expresó que “calificar si la interpretación de una de las cláusulas del contrato, es o no materia transigible en arbitraje, constituye un juicio *in iudicando*, es decir, de derecho en cuanto al fondo, de competencia restrictiva del Tribunal de Arbitramento, quien, como ya se indicó, en la primera audiencia de trámite resolverá el punto *sub examine*”, el tribunal considera conveniente referirse a este tema, a efectos de decidir sobre su propia competencia.

“En relación con el argumento presentado por el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión, considera el tribunal que, si bien es cierto que las altas Cortes —Consejo de Estado y Corte Constitucional— se han referido al alcance de las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales en ejercicio bien de facultades exorbitantes, bien de cláusulas excepcionales, también lo es que en el presente caso no se ha proferido acto administrativo alguno que haga necesario siquiera analizar la aplicación de la mencionada jurisprudencia.

“Es claro lo anterior, puesto que la pretensión principal de la demanda apunta precisamente a que se interprete una cláusula del contrato celebrado entre las partes, la cual no ha sido objeto de interpretación unilateral por parte de la entidad demandada, no hay limitación por tal aspecto a la competencia del tribunal para avocar su conocimiento.

Si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado<sup>(3)</sup> ha establecido que “... es factible que las partes de un contrato —en donde una de ellas sea una entidad del Estado—, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato” es clara la competencia del tribunal para decidir este asunto.

Lo anterior fue reconocido por la entidad demandada, pues con posterioridad al recurso de reposición antes

mencionado, su apoderado sustituto interpuso demanda de reconvencción, lo cual implica, de suyo, reconocer la competencia del tribunal para dirimir el asunto.

Adicionalmente, en el recurso de reposición aludido, el apoderado de la entidad demandada manifestó que “Como se puede observar claramente, la pretensión de la convocante tiene por objeto la interpretación de una cláusula del contrato, asunto este que no está incluido dentro de los temas susceptibles de ser dirimidos por la vía arbitral. La citada cláusula compromisoria se refiere a controversias o diferencias relativas al contrato y a su ejecución y liquidación, quedando excluidas las controversias relacionadas con la interpretación. En efecto, la mera solicitud de una de las partes al tribunal arbitral para que se interprete el contrato no implica la existencia de una controversia o diferencia de las partes”. (negrillas propias del texto)

Y, para terminar agregó: “En síntesis, de la lectura *prima facie* de la cláusula compromisoria se desprende que el asunto que la convocante pretende someter a arbitramento, no está comprendido dentro de los puntos que las partes han acordado someter a arbitraje y en consecuencia el centro de arbitraje debe proceder al rechazo de la solicitud de la convocatoria”.

A este respecto el tribunal considera que no es acertada la postura antes referida, por cuanto la interpretación de la cláusula del contrato, sobre la cual versan las pretensiones de la demanda inicial y luego la de reconvencción, tiene una incidencia determinante en la ejecución del contrato, al punto que bien puede entenderse que la controversia versa precisamente sobre la manera de ejecutar dicha cláusula”.

Dicha decisión fue objeto de recurso por el señor agente del Ministerio Público, y la misma fue confirmada por el Tribunal de Arbitramento.

En su alegato de conclusión el señor agente del Ministerio Público manifiesta que no comparte la decisión del tribunal cuando este último confirmó su competencia por considerar que no se ha expedido un acto administrativo. Advierte el señor agente que bajo este presupuesto el árbitro fácilmente se estaría arrogando indebidamente facultades administrativas que son del imperio de la autoridad pública. Lo anterior implicaría que el árbitro supla la voluntad del legislador, abriéndose camino para que ejerza funciones administrativas y legislativas. Agrega, que si bien la Corte Constitucional estableció que la facultad de los árbitros no comprendía el estudio de la legalidad de los actos administrativos, no por ello dejó sentado que lo referente a cláusulas excepcionales se sustraía del resorte de la jurisdicción arbitral para radicarlo en los particulares. Por el contrario, la Corte ha sido reiterativa que las cláusulas exorbitantes y las cláusulas excepcionales, como manifestación del poder del Estado, no pueden ser examinadas por particulares con funciones temporales sino únicamente por los jueces permanentes. Finalmente, insiste en que los árbitros se encuentran en imposibilidad de dirimir lo referente a las cláusulas exorbitantes o excepcionales contempladas en el contrato haya o no acto administrativo.

En relación con lo anterior el tribunal considera pertinente reiterar lo expuesto en las providencias proferidas en la primera audiencia de trámite y agregar lo siguiente:

El artículo 116 de la Constitución expresamente señala que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 80 de 1993 contempló la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en los contratos estatales y, así mismo, celebrar compromisos para someter a la decisión de árbitros la decisión de los conflictos que surgieran entre la entidad estatal y el contratista. Como quiera que la Ley 80 de 1993 no estableció expresamente límite alguno a la competencia de los árbitros, como sí lo había hecho el Decreto Ley 222 de 1983, se planteó la discusión acerca de cuál era el alcance de la competencia de los árbitros.

En relación con dicho aspecto la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000 expresó: “Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.



De conformidad con el artículo 243 de la Carta esta sentencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, lo cual implica que la decisión adoptada por la Corte debe ser acatada en su integridad.

Desde este punto de vista debe observarse que la decisión de la Corte contiene dos aspectos claramente definidos: de una parte, la Corte considera exequible la posibilidad de someter a árbitros los conflictos surgidos entre la entidad estatal y el contratista, y de la otra, establece un límite a dicha competencia al precisar que la misma no incluye la potestad para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

Es este pues el límite a los árbitros trazado por la Corte Constitucional y al cual debe atenerse un tribunal al decidir sobre su competencia. No sobra observar, por lo demás, que en los diferentes casos en que recientemente el Consejo de Estado ha considerado que un Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para pronunciarse, ello se refería a eventos en los cuales se habían proferido un acto administrativo<sup>(4)</sup>. Es decir que su jurisprudencia se orienta en el mismo sentido del fallo de la Corte al cual se ha hecho referencia.

Debe observarse que el hecho de que la administración hubiera podido pronunciarse en relación con aspectos del litigio en ejercicio de facultades excepcionales y que no lo haya hecho, no afecta la competencia de los árbitros, porque de una parte, en tal caso es claro que no se ejerció la facultad excepcional y por ello no existe acto administrativo que los prive de competencia, y porque, en segundo lugar, en todo caso el litigio no versa sobre el contenido y alcance de la facultad excepcional, sino sobre una controversia surgida entre las partes en relación con la interpretación de otras cláusulas contractuales.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado. En efecto, en sentencia del 4 de julio de 2002<sup>(5)</sup> al referirse a la tesis que sostenía la nulidad del pacto arbitral por el cual se sometía a decisión arbitral controversias entre las partes que podían ser objeto de un acto administrativo posterior de liquidación del contrato expresó:

“En el caso concreto no se dan esos supuestos legales toda vez que en el proceso no se evidencia la existencia de una cláusula arbitral viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito. No es verdad que las partes hayan sometido al conocimiento de los árbitros aspectos que constitucional y legalmente no están permitidos. La circunstancia de que el laudo arbitral tenga efectos respecto de la ejecución y terminación del contrato de concesión existente entre las partes, no permite afirmar que se hayan violado principios relativos a la innegociabilidad de las competencias administrativas previstas en la Ley 80 de 1993 o que con la decisión arbitral se “inhibió la manifestación de la voluntad de la administración”.

“En la sentencia que se acaba de referir la Sala encontró que “los contratantes habilitaron a los jueces arbitrales para que conocieran y decidieran sobre la legalidad de los actos administrativos producidos con ocasión del contrato” y al respecto consideró que “conforme al principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, es claro que el objeto del compromiso que, en el presente caso, dio lugar al trámite del proceso arbitral, es ilícito, lo cual genera nulidad absoluta del negocio jurídico”.

“En el caso presente las partes no sometieron al conocimiento de los árbitros el juzgamiento de acto administrativo alguno. La competencia de la CNTV para proferir actos administrativos relativos al equilibrio financiero del contrato estatal o a la liquidación del mismo aún no se había ejercitado y no es dable predicar la existencia de un objeto ilícito de la cláusula compromisoria cuando los actos administrativos que representan el ejercicio de esas competencias legales de la administración, ni siquiera se han proferido; no existen”. (se resalta)

Más adelante dijo:

“b) Indisponibilidad de los actos administrativos. Dice el recurrente que con el laudo se impidió que naciera el acto administrativo que debía resolver el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal y el mismo generó la imposibilidad de que se produjera la liquidación del contrato estatal (fl. 29 cdno. ppal.).

La Sala considera desafortunada esa argumentación de la convocada. No es dable afirmar que se configura la causal prevista en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80 porque el laudo afectó actos inexistentes; como tampoco lo es concluir que la inexistencia de tales actos administrativos fue determinada por el mismo laudo.

Es verdad, como se indicó, que la Sala ha precisado que la legalidad de los actos administrativos es una materia que escapa a la competencia de los árbitros; pero también lo es que en esos precisos eventos se ha estado en presencia de laudos arbitrales que han afectado, directa o indirectamente, la existencia y eficacia de actos administrativos concretos y reales; no futuros o eventuales.

Por manera que no es dable trasladar las consideraciones adoptadas por la Sala en esos precisos eventos a este caso concreto, porque conforme a lo señalado por el recurrente, aquí según él, “se cercenó la existencia del acto administrativo” y “se atacó la eficacia” y la legalidad de “un acto administrativo futuro” (fl. 29 cdno. ppal.).

De esta manera es claro que existe una diferencia sustancial entre las hipótesis en las que los árbitros se pronuncian sobre un acto administrativo o sobre una cláusula excepcional, y aquellas en las que resuelvan un conflicto contractual en el cual no esté en tela de juicio la aplicación de la cláusula excepcional y la expedición del acto administrativo que la concreta.

Es pertinente observar que en la misma sentencia ya mencionada, el Consejo de Estado precisó que el Tribunal de Arbitramento era competente para pronunciarse sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato. A tal efecto señaló:

“La Sala considera que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal no es una materia que deba ser conocida y declarada privativamente por la administración para que pueda someterse al conocimiento del juez del contrato. Es cierto que la Ley 80 prevé la facultad del contratista para reclamar a la administración el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato cuando la considere rota; pero también lo es que esta es una materia que puede someterse al conocimiento del juez natural del contrato o del árbitro, sin que la acción judicial que se ejercite con este objeto tenga por condición de procedibilidad el agotamiento previo de la petición directa a la entidad contratante.

Dicho en otras palabras, la falta de petición directa a la administración en los términos del numeral 1º, artículo 5º de la Ley 80 de 1993, no conduce a declarar que el juez o árbitro es incompetente para evaluar y decidir los supuestos de la figura; puede conducir a que el juez o árbitro niegue la pretensión de restablecimiento en el entendido de que hizo falta uno requisitos para que fuese exigible la pretendida obligación a cargo de la administración”<sup>(6)</sup>.

Aplicando el razonamiento del Consejo de Estado se encuentra que si bien la administración tiene la facultad de interpretar unilateralmente un contrato, si no lo hizo, los conflictos sobre el alcance de las cláusulas del contrato corresponden al juez, pues la jurisprudencia ha precisado que compete al juez tal misión.

En efecto, en sentencia del 15 de febrero de 1991, el Consejo de Estado<sup>(7)</sup> señaló:

“El poder de interpretación que tienen las partes de un contrato no se discute, ni en derecho privado ni el público ... Y es obvio que así sea porque en la ejecución y cumplimiento de los contratos pueden surgir discrepancias o dudas sobre el alcance de ciertas cláusulas o frases que entorpezcan su desarrollo. Discrepancias o dudas que deben ser despejadas en primer término por las mismas partes y que en última instancia será el juez el que las despeje cuando aquellas no hayan logrado un acuerdo y como consecuencia se haya producido el rompimiento de la relación negocial”.

En esta medida a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, reitera el tribunal su competencia para conocer y fallar el presente asunto.

### 3.2. El objeto de la controversia

La controversia que ha suscitado el presente proceso arbitral gira en torno de la interpretación de una estipulación contenida en el contrato de concesión celebrado entre las partes: el numeral 14 de la cláusula 15, de manera que en el fondo convergen la primera pretensión de la demanda y la primera pretensión de la demanda de reconvención en solicitar al tribunal que determine el alcance de tal disposición.

En efecto, la primera pretensión de la demanda es del siguiente tenor:

“ Primera. Que se determine el sentido del numeral 14 de la cláusula 15<sup>(8)</sup> del contrato de concesión 136 celebrado entre las partes el 22 de diciembre de 1997 y cuyo objeto es el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2, modificado en la cláusula tercera del otrosí 1 al mencionado contrato celebrado el 8 de noviembre de 1999, en los siguientes términos:

a) Para el cálculo de la facturación bruta anual se excluirán las rebajas, devoluciones y descuentos efectuados por el concesionario durante el período correspondiente;

b) La base de la facturación bruta anual sobre la cual se aplicará el 1.5% está constituida exclusivamente por los ingresos efectivamente causados y facturados por el concesionario por concepto de la venta de comerciales o propaganda comercial”.

Por su parte, en la pretensión primera de la demanda de reconvención se solicitó:

“Primera: DECLARAR que de acuerdo con el contrato de concesión 136, modificado por el otrosí 1 de fecha 8 de noviembre de 1999, celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión (en adelante la “CNTV”) y Caracol Televisión S.A., (en adelante “Caracol”), la concesionaria Caracol está en la obligación de destinar el 1.5% de su facturación bruta anual al Fondo de desarrollo de televisión pública, para lo cual deberá tener en cuenta la totalidad de los ingresos que haya recibido dicha empresa, sin excluir ningún concepto, tales como devoluciones, descuentos, rebajas, producción de comerciales ni ventas internacionales”.

Es claro que las pretensiones siguientes tanto de la demanda como de la demanda de reconvención dependen enteramente de la decisión que sobre la primera de ambos escritos adopte el tribunal, por lo cual procede a ocuparse de su análisis a continuación.

Sea lo primero anotar que la cláusula contractual cuya interpretación se ha solicitado al tribunal ha sido incluida en el texto del contrato para acatar lo ordenado por una disposición legal: el parágrafo 2º del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, de manera que tal norma coincide casi literalmente con la estipulación mencionada, por lo cual para decidir la controversia el tribunal deberá ocuparse de la interpretación de la norma mencionada, aclarando que la interpretación tendrá obviamente un efecto interpartes y ni por semejas un efecto abstracto y general propios de la ley, y, de la otra, que tampoco pretende con su decisión modificar el contenido normativo de una disposición legal.

Teniendo claro lo anterior, para resolver la controversia el tribunal tendrá en cuenta los criterios de interpretación de la ley, en armonía con los principios que rigen la interpretación de los contratos.

Sin embargo, y como quiera que la parte convocada ha planteado que no es posible que el tribunal interprete el contrato debe entonces abordar el tribunal, en primer lugar, dicho aspecto.

### 3.3. La facultad del tribunal de interpretar el contrato

En su alegato de conclusión el apoderado de la convocada señaló que en materia arbitral se ha sentado el principio de que no es posible solicitar la interpretación de una cláusula contractual, cuando la solicitud no está suscrita por ambas partes. A tal efecto, citó en apoyo de su tesis el laudo arbitral proferido para dirimir las controversias entre la Dimayor y Colfútbol y Carvajal S.A. el 26 de noviembre de 1996.

Sobre el particular debe observar el tribunal que la facultad de interpretar una norma jurídica y un contrato es connatural a la actividad judicial. En efecto, en la medida en que el juez debe aplicar la norma al caso concreto para decidir un litigio entre las partes, siempre será necesario que el juez determine el sentido y alcance de las normas legales y las contractuales aplicables. Así se desprende del artículo 26 del Código Civil que dispone que los jueces, al aplicar las leyes a los casos particulares, las interpretan por vía de doctrina, y del artículo 48 de la Ley 153 de 1887 que prohíbe al juez rehusarse a juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Por consiguiente, negar la facultad de interpretación del juez implica privarlo de un elemento esencial de su actividad. No sobra recordar que precisamente el Consejo de Estado en la sentencia ya citada<sup>(9)</sup>, reconoció que corresponde a los jueces interpretar los contratos cuando las partes no están de acuerdo.

Ello es claro en el presente caso, en que una de las partes formula su demanda con el fin que se declare que la

facturación bruta que constituye la base para calcular la contribución del 1.5% debe referirse a la pauta publicitaria y que de la misma deben deducirse las rebajas, devoluciones y descuentos, y la otra parte solicita que se declare que la contribución se debe liquidar sobre la totalidad de los ingresos de la empresa sin excluir ningún concepto. La existencia de estas dos posiciones antagónicas acredita claramente la discrepancia en materia de interpretación y por ello la necesidad de que el juez la resuelva.

Adicionalmente debe señalar el tribunal que si se analiza el laudo arbitral que cita la convocada, se encuentra que en su contexto el párrafo que la misma transcribe no tiene el alcance que ella le quiere atribuir. En efecto, los argumentos expuestos por el tribunal constituyeron la base para que el mismo negara las pretensiones incluidas en los numerales 1.2 a 1.6 de la demanda, por tener graves errores en su formulación. Dichas pretensiones tenían por objeto que el tribunal determinara quién tenía la razón respecto de las posiciones que se expresaban diciendo que la convocada —es decir la parte contraria— tenía una determinada tesis. Así las cosas, lo que en el fondo sostuvo el tribunal es que lo que se podía interpretar eran los acuerdos suscritos por las partes, y que no se podía partir simplemente de que se interpretara la opinión que una parte expresa que tiene la otra, sin que estuvieran acreditados su existencia y origen.

Es claro que tal no es el caso en el presente proceso, en el cual existen posiciones antagónicas sobre el alcance del contrato, que deben ser dirimidas por el juez del mismo.

Aclarado lo anterior, debe entonces el tribunal proceder a determinar el sentido y alcance de la ley y el contrato cuya interpretación ha dado lugar al presente proceso.

### 3.3.1. Análisis histórico del párrafo 2° del artículo 16 de la Ley 335 de 1996

En primer lugar, el tribunal estima pertinente hacer alusión al entorno dentro del cual se ha expedido y aplicado el párrafo 2° del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, para tomar en cuenta aquello que en materia de su interpretación pueda aportar el análisis histórico de tal norma.

Se tiene entonces, que la Constitución Nacional de 1991 definió el espectro electromagnético como un bien público, inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, con garantía de igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, en los términos que fija la ley (C.N., art. 75).

La anterior disposición en perfecta concordancia con lo dispuesto por el artículo 365, inciso 2°, de la misma Constitución Nacional, es el fundamento de la participación de los particulares en la prestación del servicio público de televisión, la cual debe realizarse de conformidad con lo que establezca la ley y siempre con la intervención del Estado; así lo entendió la Corte Constitucional, en la sentencia del año 1996<sup>(10)</sup> en la que se afirma:

“Lo primero que cabe señalar es que la voluntad del constituyente de 1991 en lo referente al uso del espectro electromagnético, concebido como un bien público, inenajenable e imprescriptible, fue la de permitir la emisión de este por los particulares, aunque sujeta siempre a la gestión y control del Estado. De esta manera, de acuerdo con la regulación consagrada en el artículo 75 de la Carta Política, el ejercicio del derecho fundamental de fundar medios masivos de comunicación para la utilización del espectro electromagnético no es absoluto, sino que por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter de bien público que ostenta, a fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia y con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos”. (se resalta)

En desarrollo de dicho artículo 75 de la Constitución Nacional, y con el fin de realizar los principios y orientaciones de otros mandatos constitucionales sobre la materia, por cuanto la legislación vigente contenida en la Ley 14 de 1991 era anterior a la nueva Constitución, se 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 este, 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 se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”.

Según la citada ley, el derecho de operar y explotar medios masivos de televisión debe ser autorizado por el Estado, y la Comisión Nacional de Televisión es la encargada de la asignación de frecuencias a quienes en virtud

de la ley o de concesión prestan el servicio de televisión, de conformidad con el plan técnico de ordenamiento del espectro electromagnético para televisión y los planes de utilización de frecuencias, y una vez otorgada la concesión al operador, el servicio está sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión (L. 182/95, arts. 23 y 29).

La misma Ley 182 de 1995, definió la concesión como “el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio” (L. 182/95, art. 46) y precisó las condiciones de escogencia de los concesionarios y el régimen aplicable.

En su artículo 62, la Ley 182 de 1995 reguló la naturaleza jurídica de Inravisión y se refirió a su patrimonio y en su quinto inciso dispuso que “... Los ingresos percibidos por Inravisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción de la televisión pública”.

En el año de 1996 se planteó la conveniencia de modificar y adicionar algunos aspectos de los temas regulados por la Ley 182 de 1995 y se expidió la Ley 335 de 1996, en cuya exposición de motivos, en los apartes pertinentes, se afirma:

“Desde la expedición de la Ley 14 de 1991 se consagraron como fines del servicio de televisión los de formar, informar y recrear, contribuyendo al desarrollo integral del ser humano y a la consolidación de la democracia, la cohesión social, la paz interior y exterior y la cooperación internacional. Se establecieron así mismo las pautas para la prestación del servicio sometiendo dichos fines a los principios de imparcialidad, preeminencia del interés público sobre el privado, pluralidad de la información y de la función social de los medios de comunicación”.

“La Ley 182 de 1995 recogió dichos fines, agregando los de veracidad y objetividad consagrados en el artículo 20 de la Carta de 1991 para satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, entre otros. Así mismo, confirmó los principios de imparcialidad en las informaciones, la preeminencia del interés público sobre el privado, la responsabilidad social de los medios de comunicación y consagró a la luz de la nueva constitución los siguientes que merecen destacarse para efectos del estudio del presente proyecto: la separación entre opiniones e informaciones de conformidad con los artículos 15 y 20 de la Constitución Política; el respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural; el respeto a la honra, el buen nombre, la intimidad de las personas y los derechos y libertades que reconoce la Constitución Política y el respeto de los valores de igualdad consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política”<sup>(11)</sup>.

(...).

“Con esta ley se pretende entonces, que los fines del servicio de televisión que establece la Ley 182 de formar, educar, informar veraz y objetivamente, se cumplan efectivamente por los concesionarios de espacios de televisión en las actividades informativas y de opinión dada su relevancia social, en consonancia con los principios constitucionales de imparcialidad, preeminencia del interés público sobre le(sic) privado, pluralismo informativo, democracia participativa y responsabilidad social de los medios de comunicación.

Honorables Representantes: el proyecto de ley que se somete a su consideración es un instrumento indispensable para la eliminación del fenómeno de la concentración de la propiedad y del poder en las actividades informativas y de opinión que conllevan la más alta responsabilidad social y tienen la mayor incidencia en los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional. Así mismo, es el medio idóneo para el efectivo desarrollo de los principios constitucionales a que se ha hecho alusión.

Tengo la convicción de que de su juicio(sic) examen, van a surgir importantes y definitivas consecuencias para la consolidación de la democracia participativa y la conciliación de los derechos fundamentales de la libertad de informar con el respeto por la honra y buen nombre de los ciudadanos”<sup>(12)</sup>.

“(...)”. (se resalta)

En el proyecto inicialmente presentado a la consideración de la Cámara de Representantes, al cual le fueron acumulados otros que sobre temas específicos de la televisión cursaban en dicha corporación, no se establecía norma alguna en relación con la obligación de los concesionarios de canales privados, de aportar un porcentaje de sus ingresos para el desarrollo de la televisión pública, que modificara o adicionara lo previsto en el artículo 62 de la Ley 182 de 1995.

Tampoco, durante el trámite del proyecto en la Cámara de Representantes se incluyó norma alguna en este sentido<sup>(13)</sup>.

Fue ya en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, en la que dentro del texto del articulado presentado por los ponentes, el artículo 8º propuesto modifica el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y le agrega un párrafo en donde se lee:

“Los concesionarios de canales nacionales de operación privada, deberán destinar el cinco por ciento (5%) de la facturación bruta anual al desarrollo de la televisión pública que se emite a través de Inravisión, pagaderos trimestralmente”<sup>(14)</sup>.

Lo anterior, sin que en la explicación de la ponencia se haga referencia expresa al mismo, por cuanto en ella solamente se menciona lo relativo a la transformación de los “canales zonales” en “nacionales privados”, los cuales entrarían a funcionar en 1997 y se precisa la limitación en la participación accionaria de los mismos<sup>(15)</sup>.

Luego, en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, al motivar el texto propuesto, se afirmó:

“Uno de los aspectos más importantes del proyecto y que es necesario relieves, es el del fortalecimiento de la televisión pública, a través de Audiovisuales, Señal Colombia e Inravisión. Frente a los nuevos retos de la televisión privada será menester contar con estos organismos, dotados de una adecuada reglamentación y con los medios financieros y técnicos indispensables para atender sus grandes compromisos con los televidentes colombianos.

En este orden de ideas se dispone que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán destinar el dos por ciento (2%) de la facturación bruta anual al desarrollo de la televisión pública, a través del fondo para el desarrollo de la televisión”<sup>(16)</sup> (se resalta).

Y en el articulado propuesto en esta oportunidad fue incluido como párrafo 2º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, tal como se propone sea modificado por el artículo 16 del proyecto en discusión<sup>(17)</sup>.

Ya en el texto definitivo aprobado en el Senado de la República<sup>(18)</sup>, el citado párrafo 2º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, dice textualmente:

“PAR. 2º—Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el dos por ciento (2%) de la facturación bruta anual al desarrollo de la televisión pública, que será captado por el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión y será pagadero trimestralmente”.

Y en el acta de conciliación de los diferentes proyectos y modificaciones, aprobada por los senadores y representantes, en relación con el citado artículo 16 del proyecto se precisó:

“Se acoge el texto del proyecto del Senado y se adiciona la propuesta de la Cámara de que las transferencias se hagan de manera periódica y que no sean inferiores en pesos constantes al período inmediatamente anterior. Se modifica el porcentaje del 2% al 1.5% para el Fondo de desarrollo de televisión”<sup>(19)</sup>.

Con los antecedentes citados en relación con el tema que debe resolver el tribunal, se expidió la Ley 335 de 1996, la cual en su artículo 16 dispone textualmente:

“ART. 16.—El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“El Instituto Nacional de Radio y Televisión es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del Estado conformada por la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom

y Colcultura. Tendrá como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión. Así mismo corresponde a Inravisión la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la televisión cultural y educativa en los términos de la presente ley.

Inravisión tendrá autonomía presupuestal y administrativa de acuerdo con su naturaleza jurídica, y en desarrollo de su objeto social podrá constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la Ley de su creación y autorización y a sus respectivos estatutos.

El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquel que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión. Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior.

En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto.

Trimestralmente la CNTV enviará a las honorables Comisiones Sexta de Senado y Cámara de Representantes una relación pormenorizada de las transferencias. Si las honorables comisiones encontrasen que las transferencias materia de este artículo no fuesen suficientes, procederá a ejercer sobre la Comisión Nacional de Televisión el respectivo control “político”.

La señal del canal cultural, educativo y recreativo del Estado o Señal Colombia de Inravisión, será de carácter y cubrimiento nacional en las bandas que ofrezcan las mejores condiciones técnicas de calidad y cubrimiento.

Salvo el director ejecutivo, el secretario general, los subdirectores, los jefes de oficina y de división, los demás funcionarios seguirán como trabajadores oficiales y gozarán del amparo que la Constitución y la presente ley les otorga.

Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público.

PAR. 1º—Inravisión será el responsable de determinar la programación del canal de interés público o Señal Colombia.

“PAR. 2º—Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual, para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente” (se resalta).

El citado párrafo 2º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, tal como fue modificado por la Ley 335 de 1996, fue cuestionado en su constitucionalidad, en demanda presentada ante la Corte Constitucional por el doctor Jorge Arango Mejía con el argumento de que tratándose de un impuesto, era violatorio del artículo 359 de la Constitución Nacional, por tener una destinación específica como la que le da la norma en cuestión, al 1.5% de la facturación bruta anual de los concesionarios de canales privados. También alegó, el demandante, vicios de forma.

La Corte Constitucional en sentencia del 5 de mayo de 1999, declaró exequible la norma demandada, al considerar que no se trataba de un impuesto y que por lo tanto, el que tuviera destinación específica, no implicaba la alegada violación del artículo 359 de la Constitución Nacional, y declaró caducada la acción en relación con la causal de vicios de forma en el trámite de la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con los antecedentes hasta aquí precisados, el párrafo 2º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, tal como fue modificado por el artículo 16 de la Ley 335 de 1996, establece para los concesionarios de canales nacionales de operación privada, la obligación de destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación

bruta anual, para el Fondo de desarrollo de televisión pública suma que deben pagar trimestralmente.

Lo que la citada norma denomina el “Fondo de desarrollo de televisión pública” es el previsto en el artículo 17 de la Ley 182 de 1995, según el cual, la Comisión Nacional de Televisión debe efectuar el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevar su contabilidad detalladamente, y una vez hecha la reserva prevista en la misma ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de sus utilidades de cada ejercicio lo depositará en un fondo denominado “Fondo de desarrollo de televisión pública” el cual está constituido como una cuenta especial y sus recursos se invierten prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión.

Vale la pena señalar que con posterioridad a la expedición de la Ley 335 de 1996, y durante el trámite de los proyectos de ley que dieron lugar a la aprobación de la Ley 680 de 2001 se discutió la modificación del artículo 16 de la Ley 335, sin que finalmente el Congreso de la República hubiera adoptado una decisión sobre el particular, por lo cual es claro que no existe una interpretación auténtica del texto de esta última ley.

### 3.3.2. Aplicación de los diferentes criterios de interpretación de las leyes y de los contratos al presente caso

En relación con el parágrafo 2º del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 ya transcrito diversas interpretaciones se han formulado en el presente proceso.

La tesis del demandante consiste en señalar que la base para calcular la contribución señalada no puede incluir ingresos distintos a los de la pauta publicitaria, pues son los que corresponden al producto de la explotación del canal concedido. A tal efecto, hace referencia a la forma como se presta el servicio público de televisión y al objeto de la concesión que fue otorgada, la cual implica la utilización del espectro electromagnético y la prestación del servicio público de televisión. Analiza las prestaciones que debe pagar el concesionario y concluye que el concesionario no tiene la obligación de pagar por ningún otro concepto, excepto por sanciones pecuniarias, ni la comisión tiene el derecho de exigirlo. Advierte que cualquier otra actividad que realice el concesionario, diferente de la explotación y operación del servicio de televisión, está libre del cobro de cualquier tasa, derecho o tarifa por parte de la Comisión Nacional de Televisión.

El demandante invoca así mismo la Sentencia C-303 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, para señalar que en dicha sentencia se expresó que el Estado podía cobrar en cuanto a la explotación de las ondas electromagnéticas, por lo cual cualquier actividad que no implique la explotación de frecuencias no está sujeta al aporte del 1.5%. Agrega, además, que esta contribución tiene destinación específica, que es una retribución por el uso del espectro, por lo cual señala que para que en la base de la retribución se pudieran incluir ingresos distintos a los provenientes de la venta publicitaria, dicha retribución debería tener el carácter de impuesto, pues solo de esta manera podría comprender la totalidad de los ingresos obtenidos por el concesionario.

Por su parte, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión señaló que si se acude a los principios que rigen la interpretación de la ley se encuentra que debe acudir al sentido natural de las palabras o al sentido técnico, lo cual indica que facturación bruta es aquella que no está depurada. Agrega, además, que los antecedentes de la Ley 680 de 2001 confirman su interpretación porque en la exposición de motivos se dejó claro que se quería aliviar la situación financiera de los operadores privados, y en las discusiones en el Congreso se expresó que la contribución se causaba sobre todo y debería serlo solamente sobre las ganancias.

Así, con el fin de determinar el sentido genuino de la norma mencionada, reflejada en el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión celebrado entre las partes, procede el tribunal a referirse a los criterios de interpretación de la ley y de los contratos.

A este respecto debe observarse que si bien en alguna época la doctrina discutió acerca del carácter vinculante de las reglas de interpretación previstas en la ley, a tal punto que podrían considerarse meras recomendaciones, pues el intérprete no podría encontrar límites en su actividad interpretativa<sup>(20)</sup>, posteriormente se ha aclarado que dichas disposiciones constituyen normas jurídicas en sentido estricto, de obligatorio cumplimiento, pues como lo señala Betti, su objeto es precisamente regular la actividad judicial<sup>(21)</sup>. Adicionalmente, una absoluta libertad en materia de interpretación presenta el riesgo de que existan interpretaciones divergentes, según las diversas concepciones de los intérpretes, tal y como lo señala el autor citado<sup>(22)</sup>, lo cual afecta el principio de igualdad ante la ley. En este



sentido conviene recordar que el redactor del Código Civil señalaba, para justificar las reglas de interpretación incluidas en el código, que muchas cuestiones no se presentarían si se siguiesen unas mismas reglas de interpretación<sup>(23)</sup>.

Lo anterior corresponde al texto de nuestro Código Civil, pues el mismo, luego de disponer en su artículo 26 que la interpretación que hacen los jueces y los funcionarios públicos se hace por vía de doctrina, establece que “Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina” (se resalta)<sup>(24)</sup>.

Desde este punto de vista, el artículo 27 del Código Civil dispone que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Obviamente, para que dicha regla sea aplicable, es necesario, en primer lugar, establecer si el sentido de la ley, de acuerdo con su tenor literal, es claro. La expresión sentido, según el diccionario, hace referencia al significado cabal de la proposición o cláusula; de este modo será necesario atenerse al tenor literal de la norma, cuando el significado de ella no ofrezca dudas. Lo anterior puede no ocurrir, no solo porque su tenor no sea claro, sino porque la norma entendida literalmente resulte contradictoria frente a otras disposiciones o produzca resultados manifiestamente absurdos<sup>(25)</sup>. Esto último se confirma, además, si se observa que dicha disposición del Código Civil fue tomada del Código Civil de Luisiana<sup>(26)</sup> con una modificación, pues este último disponía que cuando la ley es clara no se podría desatender su tenor literal, en tanto que la fórmula del Código Civil de Bello incluyó la expresión “sentido”, lo cual implica que no se trata simplemente de tener en cuenta el tenor literal de la norma. Es por ello que la doctrina<sup>(27)</sup> expresa que no puede simplemente descartarse la interpretación de la ley cuando aparentemente el texto es claro, a pesar de que de acuerdo con el aforismo, “cuando la ley sea clara no es posible interpretarla”, pues solo cuando se ha profundizado el problema práctico se puede concluir que el sentido natural de las palabras es congruente con la solución que se presenta<sup>(28)</sup>.

De esta manera, lo que realmente significa dicha regla es que en cualquier caso, la labor de interpretación debe partir del texto mismo de la norma, lo cual concuerda con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, a cuyo tenor se dispone que “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 estas su significado legal”.

Así mismo, el artículo 29 del mismo código dispone “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 formado en sentido diverso”.

### 3.3.3. Alcance de la expresión “facturación bruta anual”

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, pasa el tribunal a referirse al contenido del párrafo 2º del artículo 16 de la Ley 335 de 1996. Es claro y no ha sido objeto de discusión en el proceso cuáles son los sujetos pasivos de la contribución: los concesionarios de canales nacionales de operación privada. Igualmente es clara la tarifa aplicable: el 1.5%. También es igualmente claro el destino de la contribución. En donde existe una discusión es en el aspecto relativo a la base para aplicar la tarifa, por cuanto la ley emplea la expresión “facturación bruta anual”.

A este respecto se observa, en primer término, que “facturación” es, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, “Suma o conjunto de objetos facturados”, y “Factura” se define como “Relación de los objetos o artículos comprendidos en una venta, remesa u otra operación de comercio”. Además, a propósito de este término, en el artículo 511 del estatuto tributario se dispone que “Los responsables del impuesto sobre las ventas deberán entregar factura o documento equivalente por todas las operaciones que realicen ...”.

De otro lado, el mismo diccionario mencionado, incluye entre otras acepciones para la palabra “Bruto” la siguiente: “Dícese de las cosas que se toman por peso sin rebajar la tara, es decir, sin rebajar el peso de los embalajes, cajas o continentes de la mercancía de que se trata”.

De lo anterior debe concluirse, que de acuerdo con el significado “natural y obvio” la “facturación bruta” comprende todas las operaciones realizadas y a las cuales no se les debe hacer descuento.

Ahora bien, este significado concuerda con el que se atribuye a tal expresión dentro de la materia a la cual hace referencia.

En efecto, el Diccionario Técnico Contable expresa<sup>(29)</sup>:

“Ingresos brutos. Incrementos patrimoniales obtenidos antes de deducir cualquier concepto de gastos”.

El Diccionario para contadores precisa<sup>(30)</sup>:

“Ingresos brutos. Entradas brutas, antes de deducir cualquier concepto de gastos”.

En el Glosario Terminológico Estadístico que aparece en internet<sup>(31)</sup> se expresa:

“Facturación bruta

“Gross Turnover.

“Es el total facturado por la empresa durante el mes considerado en concepto de productos vendidos en el ejercicio de su actividad, incluyendo todos los impuestos y tasas que gravan los bienes”.

Finalmente, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual<sup>(32)</sup> al referirse a “bruto” entre sus acepciones incluye: “Sin deducir gastos, deudas, descuentos ni impuestos”.

De esta manera, se reitera, que desde el punto de vista gramatical la “Facturación bruta” se refiere al registro de todas las operaciones que realiza el concesionario, sin distinción.

Por último, no puede dejarse de lado, el principio o máxima según el cual *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, el cual se extiende a la cláusula contractual con el fin de rechazar distinciones o exclusiones no contenidas en el precepto legal ni agregadas por las partes del acuerdo. La norma y la cláusula utilizan la expresión “Facturación bruta anual” como base para establecer el porcentaje con destinación a un fondo especial<sup>(33)</sup>, sin introducir manifestación alguna en el sentido de excluir uno o varios rubros determinados o de restringir el alcance de tal expresión a las facturas emitidas por concepto de pauta publicitaria.

Para la convocante los otros ingresos que recibe el canal, diferentes a la venta de pauta publicitaria, como no usan el espectro, no estarían incluidos en el 1.5% que debe pagar el concesionario por el uso del mismo. “Es, pues, —y solo eso— la utilización de esas frecuencias para hacer posible la emisión y recepción de pauta publicitaria lo que justifica la contribución del 1.5% a la cual se refiere el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión”.

Empero, la lectura y comprensión del texto legal nos sirven para aclarar el sentido y el alcance del texto contractual<sup>(34)</sup>, materia de este arbitramento, y para concluir que la obligación del concesionario es la de pagar el 1.5% sobre la facturación bruta anual y no el 1.5% de la facturación por venta de pauta publicitaria.

### 3.3.3.1. Alcance de la Sentencia C-303-99 de la Corte Constitucional

La parte convocante ha esgrimido como argumento en favor de sus pretensiones el contenido de la Sentencia C-303-99. En efecto, en su alegato de conclusión luego de un pormenorizado análisis expresó:

“Retornando los planteamientos hechos anteriormente y confrontados ellos con los citados pronunciamientos de la Corte Constitucional en la Sentencia C-303 de 1999 se llega necesariamente a la siguiente conclusión:

“La base de retribución del 1.5 % establecida numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión a favor de la Comisión Nacional de Televisión y a cargo de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, está constituida exclusivamente por los ingresos derivados de aquella actividad para cuyo ejercicio se requiere del uso de frecuencias radioeléctricas: la venta de pauta publicitaria”.

A este respecto, considera el tribunal, en primer término, que en la Sentencia C-303-99, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del párrafo 2° de la Ley 335 de 1996 no determinó si el porcentaje a cargo de los concesionarios debía liquidarse solamente sobre la facturación derivada de la venta de pauta

publicitaria o debía tomarse como base para su determinación la facturación total emitida por el contratista. La preocupación esencial de la Corte Constitucional en esa sentencia fue establecer si tal contribución constituía o no un impuesto.

Dicho en otras palabras, el punto materia de examen por la Corte no tuvo nada que ver con la disección o separación de los rubros o actos de comercio comprendidos en la base para la determinación del tantas veces mencionado porcentaje para el fondo de la televisión pública. El *thema decidendum* fue clarificar si ese 1.5% era impuesto o tenía el carácter de una retribución económica por la concesión de la televisión<sup>(35)</sup>.

En este punto vale la pena mencionar la distinción que, tomada de la jurisprudencia anglosajona, hace nuestra Corte Constitucional entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. La primera, esto es, la *ratio decidendi* está conformada por aquellos conceptos contenidos en la parte motiva pero que expresan el principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial y que, por consiguiente, están revestidos del carácter de doctrina vinculante y valor de cosa juzgada implícita. En cambio, los *obiter dicta* son aquellas consideraciones incidentales de la respectiva providencia, que al no estar vinculadas de manera inescindible a la decisión adoptada, simplemente constituyen un criterio auxiliar en la labor judicial en los términos precisados en el inciso 2° del artículo 230 de la Constitución. Total, para discernir la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional hay que entender que estas tienen tres partes: a) el *decisum*, esto es, la definición concreta del caso, plasmada en la parte resolutive de la sentencia, sobre el cual no existe discusión en cuanto a la fuerza de cosa juzgada que concita y a sus efectos *erga omnes* (cuando, por ejemplo, se analiza la constitucionalidad de una norma) o a sus efectos interpartes (cuando es producto del ejercicio de una acción de tutela); b) la *ratio decidendi*, la cual obliga por cuanto es el fundamento normativo directo de la parte resolutive y c) el *obiter dictum*, el cual por ser una consideración incidental no obliga.

Es así que para determinar el alcance de la sentencia en cuestión es preciso tener en cuenta tanto su contenido integral como el contexto de constitucionalidad en el que fue proferida, de manera que si se quisiera utilizar un símil entre el sonido de una orquesta y el canon interpretativo de la totalidad o coherencia como criterio de interpretación, para asir el sentido de la sentencia en cuestión, podríamos decir que lo que interesa es la música que emana de la orquesta y no el sonido aislado de los instrumentos que la integran.

Una vez sentado lo anterior, el tribunal considera que lo que sí es posible derivar de la sentencia en mención es la causa de la contribución que la ley impuso a los concesionarios de los canales de televisión, cuando en dicha providencia se expresó:

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

De esta manera, de acuerdo con la calificación de la Corte, esta contribución tiene por causa la concesión que se otorga al particular para el uso del espectro electromagnético.

Y es que ni en el texto de la Ley 335 de 1996 que estableció la contribución a la que nos hemos venido refiriendo, ni en su exposición de motivos, se precisó cuál era su causa, pues simplemente se determinó el sujeto pasivo, el porcentaje y la forma de pago, de manera que al establecer que tal contribución está a cargo de “los concesionarios de canales nacionales de operación privada” se concluye, en armonía con lo expresado por la Corte, que ella surge por razón de la existencia de un contrato de concesión.

Por su parte, en el contrato tampoco se precisó una causa específica que diera lugar al pago del 1.5% mencionado por parte del concesionario. En efecto, en la cláusula séptima del mismo se reguló el valor de la concesión y en la cláusula octava la forma de pago. Adicionalmente, en la cláusula novena se estableció que la adjudicación y uso de las frecuencias dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 429 de 18 de septiembre de 1997 de la comisión. Finalmente, en la cláusula 15, que regula las obligaciones del concesionario, se establece que este se obliga a: “14. Destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, que será pagadero trimestralmente, dentro de los quince (15) días siguientes a cada trimestre”, sin ninguna justificación.

Ahora bien, la pregunta que surge es si ello implica necesariamente, como lo afirma la parte convocante, que dicha contribución debe estar vinculada exclusivamente a los ingresos que se reciben por concepto del uso del espectro electromagnético.

A este respecto encuentra el tribunal que la contribución en mención expresa un ingrediente del precio de la concesión que otorga el Estado a los contratistas.

Se trata en últimas de la fijación de un precio y en esta materia el ordenamiento jurídico es absolutamente amplio, en la medida en que, de manera general, no establece ninguna restricción respecto de los criterios que pueden utilizarse para esta fijación.

Así, en materia de compraventa, el artículo 1864 del Código Civil claramente prevé que la determinación del precio podrá hacerse de la forma que lo consideren los contratantes.

En relación con el contrato de concesión en general, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 al definirlo dispone:

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

Es claro que en la disposición anterior se otorga libertad a las partes para establecer la modalidad de contraprestación que se pacte por la concesión, y por consiguiente, el precio o valor que se derive de la modalidad escogida.

Lo anterior acredita que no existe un principio general de derecho ni menos aún una regla constitucional que imponga vincular el precio a un determinado criterio, por el contrario, el principio consiste en que salvo limitación legal el precio puede establecerse por cualquier medio que las partes juzguen adecuado.

Si bien el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 establece los criterios que debe emplear la Comisión Nacional de Televisión para fijar los derechos, tasas y tarifas que se causen por una concesión de televisión, ello no significa que frente a la contribución que fija el legislador deba entenderse que son aplicables dichos criterios, pues estos últimos son límites que impone el legislador a la comisión y por lo mismo no delimitan o restringen las decisiones que adopta el propio legislador.

Los criterios que fija la ley corresponden a determinaciones adoptadas por el legislador para las contraprestaciones que debe fijar la Comisión Nacional de Televisión, pero no se puede afirmar que constituyan la aplicación de un principio general de derecho o de una regla constitucional, pues, como ya se vio, la regla general es la contraria.

Así las cosas, en razón a que, de una parte, no se puede descartar de plano que los ingresos diferentes a los provenientes de pauta publicitaria no se deriven de “operar” o “explotar” el servicio de televisión y, de la otra, que no existe ningún principio o regla superior que imponga vincular el precio determinado por el legislador, que debe pagarse por la concesión para el uso del espectro electromagnético a los ingresos directamente provenientes de

pauta publicitaria, entendiéndose que ellos son los únicos que se derivan directamente de la concesión, es claro que el argumento del actor a este respecto no resulta atendible.

Es más, por el contrario, es posible considerar que el legislador estimó que la contribución debía calcularse sobre la facturación bruta, por cuanto los diversos ingresos del concesionario, de una u otra manera, tienen un vínculo con la concesión para la operación y explotación del canal de televisión y utilización del espectro electromagnético.

El que el pago deba ser hecho por el concesionario no implica tampoco un vínculo necesario entre la base para calcular la contribución y los recursos que obtiene el concesionario de la explotación de la misma, pues, como ya se dijo, la regla general que se deduce del ordenamiento consiste en que el precio puede determinarse por cualquier mecanismo.

De otro lado, invoca el actor que la sentencia de la Corte Constitucional consideró que la contribución mencionada no era un impuesto, sino que tenía el carácter contributivo ya señalado y que, por ello, no puede referirse a la totalidad de los ingresos del concesionario.

A este respecto debe observarse que para la Corte Constitucional en la Sentencia C-303 de 1999 el aporte del 1.5% no tiene el carácter de un impuesto “pues carece de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de canales integrantes del espectro electromagnético”.

Ahora bien, conviene recordar, la Corte Constitucional<sup>(36)</sup> precisó lo siguiente sobre el concepto de impuesto:

“La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas.

“(…).

“De otro lado, será un “impuesto”, siempre que cumpla con las siguientes condiciones básicas:

“— Se cobran indiscriminadamente a todo ciudadano y no a un grupo social, profesional o económico determinado.

“— No guardan relación directa e inmediata con un beneficio derivado por el contribuyente.

“— Una vez pagado, el Estado dispone de él de acuerdo a criterios y prioridades distintos de los del contribuyente.

“— Su pago no es opcional ni discrecional. Puede forzarse mediante la jurisdicción coactiva.

“— Aunque se tiene en cuenta la capacidad de pago del contribuyente ello no se hace para regular la oferta y la demanda de los servicios ofrecidos con los ingresos tributarios, sino para graduar el aporte social de cada ciudadano de acuerdo a su disponibilidad.

“— No se destinan a un servicio público específico, sino a las arcas generales, para atender todos los servicios necesarios.

“Queda, pues, claro que las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación”.

De este modo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la generalidad del impuesto hace referencia a que el mismo se cobra en principio a todo ciudadano, y no simplemente a algunas personas determinadas por razón de un contrato celebrado con el Estado. Lo anterior obviamente sin olvidar que el impuesto puede gravar determinadas operaciones o actividades económicas.

Así las cosas, el impuesto no se caracteriza por afectar la totalidad de los ingresos del contribuyente, pues de hecho en numerosos casos, existen impuestos sobre operaciones específicas.

Lo anterior significa, entonces, que el hecho de considerar como base de la contribución la facturación bruta no implica atribuirle el carácter de impuesto, y contradecir, por contera lo afirmado por la Corte Constitucional, de manera que el argumento planteado por la convocante a este respecto no lo encuentra procedente el tribunal.

Adicionalmente, cabe agregar que la Corte ha señalado que el impuesto no guarda relación directa o indirecta con el beneficio derivado por el contribuyente, y en el presente caso la contribución prevista por el legislador guarda relación, directa o indirecta, con beneficios derivados de la concesión.

Y es que, como se vio, la Corte consideró que la contribución prevista en la ley constituye una contraprestación por el uso del espectro.

De acuerdo con todo lo expuesto, se reitera que el tribunal no comparte el alcance atribuido por la parte actora a la Sentencia C-303 de 1999, al entender que de acuerdo con tal providencia se debe excluir de la base para liquidar el 1.5% a cargo del contratista, la facturación correspondiente a operaciones comerciales que a su juicio no implican la explotación del espectro electromagnético.

### 3.3.3.2. La inexistencia de monopolio como arbitrio rentístico

De otra parte, en cuanto a la referencia que hace el actor a los monopolios como arbitrio rentístico y al hecho de que las frecuencias radioeléctricas que se requieren para la prestación de servicios de telecomunicaciones no constituyen un monopolio estatal o que los ingresos que el Estado perciba por su concesión no constituyen un arbitrio rentístico debe observar el tribunal lo que sigue:

En primer lugar, la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia del 25 de abril de 1991<sup>(37)</sup> que cita la convocante se profirió bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la cual por obvias razones, no hacía referencia al espectro electromagnético como bien del Estado.

En dicha sentencia se analizó la situación del espectro y se expresó:

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

La Constitución Política de 1991 definió claramente que el espectro electromagnético es “un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”.

A la luz de esta determinación del constituyente es pertinente la observación que hizo la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada en la cual expresó:

“El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos para que la gestión del Estado-empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos, gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se le ha asignado privilegiadamente. Pero las actividades monopolizadas son, por efectos del principio de la libertad de empresa, del dominio del sector privado, el cual queda sacrificado en razón del interés público que motivó la creación de ese arbitrio rentístico del sector público. El objeto monopolizado no corresponde a la naturaleza del poder público ni a la soberanía del Estado, es una forma excepcional que el Constituyente estableció. Igualmente hubiera podido, como en la mayoría de los sistemas constitucionales, prescindir de ella y optar por las contribuciones para los mismos fines”.

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia se deduce, con claridad, que la existencia de un monopolio como arbitrio rentístico supone, por esencia, que se trate de una actividad que puede ser desarrollada libremente por el sector privado y que el legislador decide reservar para el Estado por razones fiscales. Es evidente que dicha situación no se presenta respecto del uso del espectro electromagnético, por cuanto tratándose por definición constitucional de un bien público su uso no es en principio libre por parte de los particulares, pues tampoco está definido como bien de uso público. A lo anterior se agrega que el Estado, como todo titular de un bien, puede

cobrar por su uso, tal y como fue reconocido por la Corte Constitucional al declarar exequible la contribución en la Sentencia C-303-99. y cómo, además, se insiste, no existe ningún principio superior que establezca una forma de determinar el precio por la explotación de un bien, por lo cual en tratándose de bienes del Estado, le corresponde en primera instancia al legislador determinar los criterios aplicables en la forma que considere conveniente.

En esta medida considera el tribunal que por el hecho de que la utilización del espectro no tiene el carácter de monopolio como arbitrio rentístico no se desprende que la contribución debe estar vinculada al beneficio derivado del uso del espectro mediante la venta de pauta publicitaria.

3.3.3.3. El numeral 14 de la cláusula 15 en el entorno del contrato de concesión del cual forma parte

3.3.3.3.1. Interpretación de la ley e interpretación del contrato

Es pertinente tener en cuenta que si bien tanto la ley como el contrato tienen carácter vinculante para sus destinatarios, y las reglas de interpretación de uno y otro en la ley civil parecen similares, existen diferencias en el origen y finalidad de la ley y del negocio jurídico, lo cual se traduce en distinciones en la forma de interpretar cada uno de los dos tipos de acto jurídico.

Así, desde el punto de vista de la interpretación auténtica<sup>(38)</sup>, que es la que realiza el mismo autor de la ley o el mismo autor o autores del acto de regulación o de disposición de intereses, tratándose de la ley, la realiza el mismo legislador<sup>(39)</sup> y tratándose de un negocio bilateral o plurilateral<sup>(40)</sup>, se requiere el acuerdo de todas las partes que han participado en él. A este respecto conviene señalar que no es tarea de este tribunal realizar interpretación auténtica de la ley ni de la cláusula contractual, porque no es legislador y, obviamente, no ha sido parte en el acto de regulación de intereses establecido entre la Comisión Nacional de Televisión y el concesionario. Pero sí debe determinar el alcance y sentido de la cláusula que se ha sometido a su consideración.

Desde otro punto de vista expresa Betti<sup>(41)</sup> que la diferencia en la interpretación de la ley y del contrato se refiere a la intención, por cuanto en la interpretación del contrato debe recurrirse a la voluntad común de las partes, por lo cual el intérprete debe acudir más allá del texto del contrato y buscar medios interpretativos extratextuales, como las negociaciones o los pactos anteriores o finalmente el comportamiento de las partes en la ejecución. Por el contrario, en la interpretación de la ley no es admisible un recurso a medios extratextuales en el sentido señalado, pues solo se puede recurrir a ellos como a cualquier otro precedente histórico en la formación de la norma. Agrega que la referencia a la intención del legislador debe servir para indagar la formulación de la norma a luz del problema práctico resuelto<sup>(42)</sup>.

Lo anterior implica, por consecuencia, que cuando un contrato se limita a incorporar una norma de carácter imperativo, la interpretación de dicha disposición debe, en primer lugar, tener en cuenta las disposiciones de interpretación de la ley, pues si hubiere diferencia entre el sentido otorgado por la ley y aquel que le atribuyen las partes, la conclusión no puede ser otra que la prevalencia del sentido legal, dado el carácter imperativo de la disposición.

Empero, lo dicho antes no significa que sea inútil acudir a la interpretación del contrato en estos eventos, por cuanto en todo caso la intención común de las partes puede brindar elementos para determinar lo que ellas realmente quisieron, si interpretaron correctamente la ley o incurrieron en algún error sobre el particular.

Así pues, es pertinente recordar que de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. De esta manera, lo que debe prevalecer es ante todo la voluntad común de los contratantes. Pero igualmente debe advertirse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que en todo caso el juez no puede desatender las cláusulas claras del contrato, pues debe considerarse que las mismas corresponden a la voluntad de las partes.

En tal sentido en sentencia de 5 de julio de 1983<sup>(43)</sup>, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de los contratantes quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo

de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales”.

En sentido semejante la Corte Suprema de Justicia profirió posteriormente la sentencia del 27 de octubre de 1993<sup>(44)</sup>.

Conviene señalar en este punto que se ha dicho por el apoderado de la parte convocada que como la cláusula contractual es clara, no habría necesidad de interpretarla y cita como soporte de su argumento el brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*”.

Sobre este persuasivo argumento ha de señalarse que si bien hay normas muy claras y otras menos claras, de todas maneras cuando el asunto llega al juez, este debe realizar una interpretación, pues, como ya se dijo, no basta que el tenor literal de la ley sea claro, es menester además que su sentido lo sea. Toda norma e incluso la norma o precepto contractual, así literalmente sea claro y no adolezca de ambigüedad, puede ser interpretado. A este respecto, en destacada sentencia, la Corte Suprema de Justicia expresó: “La necesidad de interpretar las leyes no depende solo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aun suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”<sup>(45)</sup>. Así mismo, el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, hoy se califica de trasnochado e injusto<sup>(46)</sup>. En efecto, llegar a la conclusión de que un texto es claro supone ya una previa interpretación.

El papel del tribunal, como juez que es del contrato por expresa petición de las partes, es el de señalar el alcance y el entendimiento de la cláusula contractual materia de este litigio. Por supuesto, en el presente caso el ámbito de la interpretación por parte del tribunal es restringido en tanto y en cuanto tal cláusula contractual es un trasunto de un precepto legal. Pero ha de insistirse, aun a riesgo de fatigar, que por ningún motivo la interpretación que se haga de la cláusula significaría una modificación de la ley, tal como de manera sugestiva lo plantea el apoderado de la parte convocada en su alegato de conclusión, ni tampoco se trataría de una interpretación auténtica por cuanto, como se ha afirmado, esta solo le corresponde a los creadores.

#### 3.3.3.3.2. Otros aspectos que inciden en la interpretación de una cláusula contractual

A continuación estima el tribunal pertinente examinar otros aspectos que inciden en la interpretación de una cláusula contractual tales como el principio de la buena fe, los antecedentes del contrato y la conducta desplegada por las partes en ejecución del mismo, teniendo en cuenta las cargas que impone la autonomía de la voluntad privada, a fin de establecer si tal análisis confirma lo concluido hasta ahora.

Lo anterior, por cuanto las declaraciones conclusivas de un contrato no constituyen un hecho aislado, sino que corresponden a un momento especial dentro de la evolución contractual, de manera que es de especial importancia la valoración de las circunstancias exteriores a las declaraciones conclusivas del contrato, como son los comportamientos particulares de los contratantes que son antecedentes, concomitantes o posteriores a la celebración del contrato; pues tales circunstancias, evaluadas en conexión con el principio de la buena fe, pueden ofrecer al intérprete la clave para reconstruir el sentido del acuerdo, o para confirmarlo en el evento que ya haya sido determinado.

##### 3.3.3.3.2.1. El principio de la buena fe contractual

Los contratos deben interpretarse de acuerdo con la buena fe. La interpretación de buena fe es una consecuencia del principio general de buena fe en el desarrollo de todas las relaciones jurídicas y del deber general de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico.

El principio de la buena fe desarrolla su fuerza en una triple dirección: a) en primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no solo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma en que el acreedor pueda razonablemente esperar de él; b) en segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de



vinculación especial existente, y c) en tercer lugar, se dirige a todos los participantes de la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido y finalidad de esta especial vinculación y a una conciencia honrada<sup>(47)</sup>.

Pues bien, de ese criterio doctrinario que expresa la fuerza que desarrolla el principio de la buena fe en el contrato para el deudor, para el acreedor y para ambos, se debe recalcar que el deudor se debe comportar en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él y que ambos deben conducirse de acuerdo con el sentido y finalidad del vínculo jurídico y de conformidad con una conciencia honrada.

Como se sabe, la buena fe como principio cumbre del derecho se vierte en la disciplina del contrato a partir de las negociaciones, sigue el proceso de la oferta y la celebración del contrato, está presente en el transcurso de la ejecución de las prestaciones y va, inclusive, hasta después de la terminación del contrato.

#### 3.3.3.3.2.2. La carga de sagacidad en la celebración de los contratos

Quien va a celebrar un contrato o, lo que es lo mismo, quien va a regular o a disponer de sus intereses tiene ciertas cargas consistentes en la necesidad de observar cierta diligencia para la satisfacción de su interés particular. Se suelen mencionar dentro de esas cargas de la autonomía privada la de la legalidad, la de la claridad y precisión, la de la corrección y la de la sagacidad. Dentro de estas y para el caso que nos ocupa, merece particular mención la carga de sagacidad en razón a que ella significa que el sujeto debe ser cauto, previsivo, cuidadoso, sagaz: “quien dispone de sus intereses debe prever, mirar el futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su trato, y en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustar el contenido del negocio a esas contingencias y hacerlo inconfundible”<sup>(48)</sup>. “Para evitar, luego, que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, que el derecho le reconoce, desde luego, en su favor, pero también a su propio riesgo. [...] la parte que lo emplea se ve obligada a soportar, ella sola, el daño de la inercia o negligencia propia, en cuanto le es imputable”<sup>(49)</sup>.

Con base en lo anterior es entonces procedente analizar los antecedentes de la celebración del contrato y la conducta de las partes posterior al mismo.

#### 3.3.3.3.2.3. Antecedentes de la licitación para la celebración del contrato de concesión

En relación con los antecedentes del contrato, es pertinente anotar que la parte convocante ha señalado como soporte de sus pretensiones, el hecho de haberse tenido en cuenta por parte de la Comisión Nacional de Televisión, los ingresos por venta de pauta publicitaria para efectos de determinar el costo de la concesión.

A este respecto encuentra el tribunal que, efectivamente, en el expediente obra<sup>(50)</sup> un estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera S. en C., denominado: “Informe final del estudio para actualizar el valor de la concesión de los canales privados de televisión”.

Ahora bien, en el estudio mencionado se expresa<sup>(51)</sup>: “Vale la pena recordar que los aspectos del negocio que más influyen en el valor de la concesión son el comportamiento de la inversión neta en publicidad de televisión, el monto de la inversión requerido para el desarrollo del negocio y el costo de la programación”.

De otra parte, en<sup>(52)</sup> el expediente, aparece el acta de la Comisión Nacional de Televisión, del 16 de junio de 1997, en la cual se decidió sobre el costo de concesión de los canales de operación privada, para lo cual, según se desprende de dicha acta se tuvieron en cuenta los estudios realizados por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, el Instituto Ser de Investigación y las Universidades de los Andes y Nacional. El tema fundamental que se analizó en dicha acta era la inversión neta en publicidad.

Igualmente aparecen<sup>(53)</sup> los estudios de la Universidad de los Andes titulado “Revisión de la estimación de la elasticidad ingreso de la inversión neta publicitaria en televisión” y de la Universidad Nacional<sup>(54)</sup> “Evaluación del indicador para inversión de publicidad en televisión”.

De los documentos mencionados se desprende que ciertamente para determinar el valor de la concesión, la Comisión Nacional de Televisión tuvo en cuenta el valor de la inversión en publicidad. Así mismo, el estudio

fundamental sobre la materia se basó en ella, porque consideró que era uno de los aspectos que más influían en la concesión. Sin embargo, lo anterior no significa que no se previera la posibilidad de que los concesionarios percibieran otros ingresos, sino que los mismos no tenían la misma trascendencia frente al valor de la concesión y posiblemente eran muy difíciles de estimar.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, debe observar el tribunal que, en todo caso, una cosa es el valor de la concesión, que fue fijado por la Comisión Nacional de Televisión, con fundamento en los estudios mencionados y en desarrollo del artículo 5º, literal g), de la Ley 182 de 1995, y otra bien distinta, la contribución del 1.5% de la facturación bruta, que no fue establecida por la comisión, sino directamente por el legislador.

A juicio del tribunal es claro que para interpretar el alcance de la contribución del 1.5%, no es posible acudir a los antecedentes de otro pago distinto, como es el valor que fijó la Comisión Nacional de Televisión para la concesión. En efecto, como se deduce del artículo 27 del Código Civil, para interpretar una disposición oscura se puede recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento. Por consiguiente, no es pertinente acudir a la historia del establecimiento de otra disposición, sobre todo si las dos proceden de autoridades distintas y pueden obedecer a criterios diferentes. En efecto, solo respecto de los derechos que debe fijar la Comisión Nacional de Televisión para las concesiones de televisión, el legislador fijó los criterios que debían tenerse en cuenta, los cuales no son aplicables a la contribución que fijó directamente el legislador, pues el mismo no se subordinó a ellos.

Por consiguiente, considera el tribunal que el hecho de que la Comisión Nacional de Televisión haya tomado en cuenta los ingresos por pauta publicitaria para calcular el valor de la concesión no puede tomarse en cuenta para determinar el alcance de la contribución que fijó el legislador.

#### 3.3.3.3.2.4. La licitación para la celebración del contrato de concesión

Tal y como resulta de su texto, el contrato de concesión se celebró como consecuencia de la licitación pública 003 de 1997. Ahora bien, el pliego de condiciones correspondiente a dicha licitación, disponía en su numeral 3.3, lo siguiente<sup>(55)</sup>:

“De conformidad con el artículo 16 parágrafo 2º de la Ley 335 de 1996, cada uno de los concesionarios de los canales nacionales de operación privada (N1-N2) deberá destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, pagaderos trimestralmente a nombre de la “Comisión Nacional de Televisión - Fondo de desarrollo de la televisión pública” de la siguiente forma:

“Ingresos causados entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo antes del quince (15) de mayo; entre el primero (1º) de abril y el treinta (30) de junio antes del quince (15) de agosto; entre el primero (1º) de julio y el treinta (30) de septiembre antes del quince (15) de noviembre y entre el primero (1º) de octubre y el treinta y uno (31) de diciembre antes del quince (15) de febrero del año siguiente.

“El pago deberá ser acompañado por una comunicación del revisor fiscal certificando los ingresos brutos del trimestre en cuestión” (se resalta).

Así mismo, el numeral 16 de la cláusula 15 de la minuta de contrato anexa al pliego contemplaba la obligación de<sup>(56)</sup>:

“Destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, que será pagadero trimestralmente, dentro de los quince (15) días siguientes a cada trimestre”.

Adicionalmente, en el cuadro de flujo de caja del proyecto que aparece como anexo 6 del pliego<sup>(57)</sup> se incluyen entre los ingresos: “servicio de publicidad”, “servicio de derechos de producción” y “otros ingresos operacionales”.

En relación con el alcance que tendría la contribución frente a dichos ingresos el concesionario no formuló inquietud alguna durante el proceso de contratación.

En efecto, en el interrogatorio de parte que se le formuló al representante legal de Caracol Televisión, al ser

preguntado acerca de si era cierto sí o no que durante el proceso de licitación y principalmente durante la ronda de preguntas y respuestas, Caracol Televisión, jamás había solicitado o sugerido precisar el alcance de la obligación de destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, contestó<sup>(58)</sup>:

“(…).

“Es cierto, para Caracol el sentido de la ley desde un inicio era suficientemente claro como para no entorpecer el proceso licitatorio con preguntas que sentía, mi empresa conocía de antemano o creía conocer, siempre hemos interpretado el alcance de la ley luego del alcance de la cláusula contractual relativa al 1.5% de los ingresos brutos relativos a los ingresos de la explotación del contrato de concesión pues no podía de otra manera interpretarse la ley ya que hubiera constituido una violación al artículo de la Constitución que habla de la unidad de materia, ya que solamente podía gravar los ingresos que provenían de la concesión de un servicio de televisión, nada impide que una empresa de televisión tenga ingresos diferentes a los de la concesión”.

De lo anterior se desprende que durante todo el proceso de la licitación se incluyó la obligación de contribuir con el 1.5% de la facturación bruta anual, y que dicho concepto, que en sentir del tribunal es claro, no generó para el concesionario ninguna inquietud, pues según afirma en su declaración consideraba que la interpretación era la contraria. Sin embargo, dado el carácter profesional del concesionario y su experiencia previa en el sector respectivo considera el tribunal que era evidente que por lo menos debería haber un motivo de duda sobre lo que incluía el concepto de facturación bruta anual.

En este sentido conviene señalar que en el acta 323 de la junta directiva de Caracol llevada a cabo el 18 de julio de 2001<sup>(59)</sup> se advierte:

“Como consecuencia de no haberse aprobado el artículo de la ley a través del cual se pretendía aclarar la forma en que la Comisión Nacional de Televisión debía cobrar el 1.5% de los ingresos de los canales privados, la Comisión Nacional de Televisión nos ha comunicado extraoficialmente que exigirá el cobro de ese porcentaje sobre todos los ingresos del canal independientemente de su fuente.

“La decisión de pagar únicamente sobre ingresos de pauta publicitaria fue acordada por RCN y Caracol desde 1998, por ser estos los únicos que dependen de la concesión, interpretación que es la que más se ajusta a la realidad pero que desafortunadamente no hace parte del contrato”.

Como se puede observar el propio órgano directivo de Caracol reconoció que su interpretación sobre el alcance de la contribución del 1.5% no hacía parte del contrato, aun cuando a su juicio correspondía a la realidad. Lo cual muestra que si Caracol al estudiar los pliegos tenía la interpretación a la cual ha hecho referencia su representante legal, debió advertirlo, pues la misma no se desprendía claramente de los pliegos y el contrato.

Analizado lo anterior, echa de menos el tribunal el cumplimiento por parte de la sociedad convocante de la carga de sagacidad en el período precontractual, puesto que es claro que la contraprestación económica es una disposición esencial dentro del contrato de concesión, hace parte del núcleo del mismo y no puede tomarse como un aspecto simplemente accidental, anexo o periférico del acuerdo, de manera que ha debido tomar todas las previsiones necesarias que le aseguraran el recto entendimiento del contenido del acto de disposición de intereses.

Más aún si se tiene en cuenta que “Quien celebra un negocio debe recordar que su creación escapa al dominio suyo en cuanto esté concluida; que sus palabras, sus escritos, sus gestos, su mismo silencio, en fin, su comportamiento va a ser materia de interpretación y de estudio por los demás; entonces ha de cuidar de que esa inteligencia sea lo más próxima posible a la suya y que el sentido que quiso imprimirle a su conducta sea el mismo en que los demás lo toman. Cuanto más clara y más precisa sea la expresión, mayor seguridad tendrá el particular de alcanzar todos los resultados que tiene en mente y que surge de la función social del negocio celebrado”<sup>(60)</sup>.

Nótese, además, que la entidad convocante no alegó la imposibilidad sobrevenida, la presencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles que hubiesen modificado la base objetiva del negocio, como tampoco el desequilibrio financiero en el contrato. Solo estas circunstancias servirían para controvertir una prestación relacionada con el objeto del contrato, vale decir, con su contenido económico.

A lo anterior se agrega que en el pliego de condiciones claramente se expresó:

“El pago deberá ser acompañado por una comunicación del revisor fiscal, certificando los ingresos brutos del trimestre en cuestión” (se resalta).

Esto acredita que desde el punto de vista del pliego de condiciones, resultaba que la base que se tomaría para efectos de la facturación bruta estaba determinada por los ingresos brutos y que dichos ingresos no estaban constituidos únicamente por la pauta publicitaria, puesto que, de una parte, el pliego no estableció una limitación en tal sentido y, de la otra, al incluir los cuadros correspondientes al flujo de caja de los concesionarios, contempló la posibilidad de otros ingresos.

Frente a dicha situación el concesionario no formuló observación alguna, como era razonable esperar que lo hiciera, dado el contenido del pliego.

En desarrollo del proceso de formación del contrato, el concesionario presentó su propuesta en la cual manifestó<sup>(61)</sup> :

“De conformidad con lo declarado en la carta de presentación de la propuesta Caracol Televisión reitera su expresa aceptación al régimen tarifario establecido por la Comisión Nacional de Televisión para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada discriminado de la siguiente manera:

- Por la adjudicación de la concesión.
- Por la utilización de frecuencias.
- Por el aporte al Fondo de desarrollo de la televisión pública”.

Es importante destacar que en el pliego de condiciones se había señalado en el punto 3.4<sup>(62)</sup> :

“Es un requisito indispensable (RI) que el proponente manifieste en la carta de aceptación de la oferta (anexo 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 previsto las tarifas contempladas en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 de este capítulo”.

Como ya se vio, el numeral 3.3 se refiere al aporte al Fondo de desarrollo de la televisión pública, y contempla la obligación de informar los ingresos brutos.

De esta manera, del proceso de formación del contrato resulta que el aporte al Fondo de desarrollo de la televisión pública sobre la facturación bruta se incluyó desde un principio en los pliegos de condiciones, los cuales para efecto de su pago previeron una certificación sobre los ingresos brutos, y que tal contenido, que a juicio del tribunal era claro, no fue objeto de inquietudes por parte del concesionario, el cual por el contrario lo aceptó.

#### 3.3.3.3.2.5. Las cláusulas del contrato de concesión

Si se examina el objeto del contrato<sup>(63)</sup> se aprecia que en la cláusula primera del mismo se establece:

“El objeto de este contrato de concesión 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...”.

Por su parte, en la cláusula decimoctava se establecen las obligaciones de la comisión, entre las cuales incluye la de: “A nombre del Estado, autorizar la operación y explotación por parte del concesionario del espectro electromagnético, en las frecuencias que han sido asignadas, de conformidad con el título y el plan de uso de las frecuencias aplicables al servicio”.

La cláusula séptima del contrato se refiere al valor de la concesión y en la cláusula octava se estableció la forma de pago de la misma.

Así mismo, en la cláusula novena se previó que la adjudicación y uso de las frecuencias dará lugar al cobro de las

tarifas mencionadas en la Resolución 429 de 18 de septiembre de 1997 de la comisión.

Adicionalmente, en la cláusula 15 del contrato<sup>(64)</sup> se consagraron las obligaciones del concesionario y entre ellas, en el numeral 14 la de “Destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, que será pagadero trimestralmente, dentro de los quince (15) días siguientes a cada trimestre”.

Esta cláusula fue modificada por el otrosí 1 de acuerdo con el cual la obligación del concesionario es la siguiente<sup>(65)</sup> :

“Destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública que será pagadero dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido un año de su causación”.

Así las cosas, del conjunto del contrato resulta que la Comisión Nacional de Televisión otorgó al concesionario la operación y explotación de un canal nacional de televisión de operación privada, y lo autorizó para el uso del espectro en las frecuencias asignadas, a cambio de lo cual el concesionario asumió varias contraprestaciones, dentro de las cuales se incluye la contribución al Fondo de desarrollo de la televisión pública. Si bien el objeto del contrato está limitado a la concesión que se otorga, la contribución que se debe pagar y que constituye parte de la contraprestación, no se determinó en el contrato en función de los ingresos que eventualmente se recibirían por razón de la explotación del espectro. Y es que, como se ha insistido, los principios generales indican que un precio puede determinarse de la forma que lo estimen los contratantes, tal y como lo establece el artículo 1864 del Código Civil, y de la otra, el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1990 que establece que las partes pueden establecer cualquier modalidad de contraprestación para la concesión, de manera que, el límite en esta materia estaría determinado por el orden público y las buenas costumbres, que no aparecen vulnerados en el caso que nos ocupa, pues solo en relación con los ingresos que le correspondía fijar directamente a la Comisión Nacional de Televisión el legislador fijó unos criterios para el efecto, los cuales no son aplicables a la contribución que fijó directamente este último.

#### 3.3.3.3.2.6. Comportamiento contractual de las partes como herramienta de interpretación del contrato

Si bien para el tribunal no existe ambigüedad en la cláusula contractual, se considera relevante mirar el comportamiento asumido por los contratantes, como criterio de interpretación de la cláusula contractual, dado que él ha sido esgrimido en este proceso, por ambas partes, desde cada perspectiva de intereses.

Y es que los criterios interpretativos pretenden determinar el significado jurídicamente relevante del supuesto de hecho contractual que constituye su objeto; entre ellos está la búsqueda de la común intención de las partes y el principio de la buena fe, el canon de la totalidad hermenéutica y los criterios de interpretación restrictiva y extensiva, y, para efectos de considerar los elementos extrínsecos de las declaraciones contractuales, se tiene en cuenta el comportamiento de las partes. De modo pues, que el comportamiento de las partes es un criterio extrínseco de interpretación de los contratos.

A este respecto encuentra el tribunal:

En primer lugar, está acreditado en el expediente que durante varios años Caracol pagó la contribución del 1.5% liquidándola solamente sobre los ingresos provenientes de pauta publicitaria.

En este sentido obran en el expediente diversas certificaciones que fueron remitidas por Caracol a la Comisión de Televisión en las cuales se informaba sobre las ventas por pauta publicitaria. Así, por ejemplo, en oficio del 20 de enero de 2000 remitido por la Caracol a la Comisión Nacional de Televisión, se expresa<sup>(66)</sup> :

“En respuesta a su comunicación de la referencia a continuación relacionamos el valor de las ventas por pauta publicitaria del cuarto trimestre del año”.

En sentido análogo se pueden también mencionar la comunicación del 5 de abril de 2000 y el fax del 25 de abril de 2000<sup>(67)</sup>.

Igualmente se remitieron a la Comisión Nacional de Televisión certificaciones del revisor fiscal de Caracol en las cuales se dice<sup>(68)</sup> :

“De acuerdo con la cláusula 15 numeral 14 del contrato de concesión 136 del 22 de diciembre de 1997 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión, la compañía realizó ventas brutas por pauta publicitaria para el período comprendido entre el 1° de abril y el 30 de junio de 1999...”.

Certificados análogos aparecen para el período del 1° de enero a 31 de marzo de 1999, abril a mayo de 2000, octubre, noviembre y diciembre de 2000 y julio, agosto y septiembre de 2000<sup>(69)</sup> .

Para los ingresos de octubre de 2000 el reporte se hace en un formulario elaborado por la Comisión Nacional de Televisión en el cual se hace relación a los ingresos brutos, sin que en el mismo se incluya ninguna aclaración por parte de Caracol. En este mismo sentido obran<sup>(70)</sup> diversas certificaciones en las que no se hace ninguna referencia a que los ingresos que allí se certifican corresponden a ventas de pauta publicitaria. No obstante, debe advertirse que en algunos casos el certificado se envía con una comunicación en la cual se señala que se anexa el certificado indicando que el mismo es por concepto de ingresos por venta de pauta publicitaria<sup>(71)</sup> .

Vale la pena anotar que a los diferentes certificados o comunicaciones se anexaron en el expediente las facturas expedidas por la Comisión Nacional de Televisión, las cuales aparentemente se liquidaron con los valores informados por el concesionario<sup>(72)</sup> .

De otra parte, en declaración rendida por el señor Ricardo Lombana Moscoso, que fue trasladada a este proceso, el mismo al ser preguntado sobre las certificaciones y las diferencias que había encontrado la comisión expresó:

“Digamos que la mayoría de los procesos de contribuciones que tiene establecida la comisión se basan en autoliquidaciones y se basan en certificaciones que para el efecto expiden esos concesionarios, cuando digo que se encontraron diferencias, no estoy diciendo que unas cifras no coincidían con las otras sino que cuando se recibieron los estados financieros oficiales, se encontró que la base que había depositado cada concesionario para calcular el 1.5% era distinto a la base puramente contable que mostraban los estados de resultados y que a juicio de la comisión era la base que se debía tener en cuenta para la liquidación.

“Precisamente esa diferencia se presenta porque algunos conceptos de ingresos han considerado los concesionarios que no deben hacer parte de la base de autoliquidación”.

Igualmente señaló que en el año 2000 y por razón de unas observaciones de la contraloría, se establece el ingreso operacional de los concesionarios y se extienden unas facturas adicionales.

En su declaración, el señor Joaquín Fernando Ruiz González, quien cumple funciones de contador de la Comisión Nacional de Televisión (declaración que fue trasladada al presente proceso), el mismo al ser preguntado por qué solo hasta esa época (mediados del 2001) se formalizó la posición de que el 1.5% debía liquidarse sobre la totalidad de los ingresos brutos, expresó:

“Básicamente eso se dio ante la presencia de los estados financieros, si no se hubieran conocido los estados financieros de pronto no se hubiera percibido esa circunstancia porque se partía de la certificación que expedía el contador público o representante legal ... Qué sucedió, llegaron los estados financieros a la Comisión Nacional de Televisión y se fueron a comparar los ingresos brutos que reflejaban los estados financieros, sorpresa, no coincidían ¿por qué? Comenzamos a mirar el detalle y el detalle es que no aparece lo que son ventas, comerciales, venta de programación, venta de derechos que tenía ...”.

De los documentos a los cuales se ha hecho referencia, se infiere que inicialmente Caracol interpretó el contrato en el sentido que el 1.5% debía liquidarse sobre la facturación por ventas de publicidad y que, en consonancia, informó los valores correspondientes a la comisión precisando claramente los conceptos incluidos en su comunicación. La Comisión Nacional de Televisión recibió dichas comunicaciones y no hizo reparo alguno a la interpretación de Caracol y, por el contrario, expidió las facturas correspondientes. Si bien posteriormente, en el año 2001, y ante la revisión de los estados financieros, llegó a la conclusión de que la interpretación de la cláusula contractual no era la que había manifestado el concesionario.

Lo anterior en principio indicaría que inicialmente existió una conducta de las partes que constituye un elemento de interpretación del contrato, pues el artículo 1622 del Código Civil señala que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse “... por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

Sin embargo, dicha conducta no modifica la interpretación que el tribunal ha hecho de la cláusula contractual por cuanto, en primer lugar, dicha cláusula constituye simplemente la aplicación de una disposición legal, cuyo contenido obviamente no puede depender de la aplicación práctica que los sujetos destinatarios de la misma le hayan dado, sino de su sentido genuino determinado con base en los criterios previstos por la ley. En segundo lugar, porque a juicio del tribunal la interpretación que propone el concesionario constituiría en el fondo una verdadera modificación del contrato, y ella entonces si fuera posible, debería ser objeto de una modificación expresa de las partes, habida cuenta que se trata de un contrato estatal con formalidades plenas. Por lo demás, dicha modificación en todo caso no sería posible, pues la misma se hallaría en contradicción con una disposición legal imperativa.

En este punto estima pertinente el tribunal retomar lo mencionado antes en relación con la buena fe como principio orientador del cumplimiento de los contratos.

Así, la buena fe recíproca significa que cada una de las partes habrá de comportarse de acuerdo con los patrones de conducta establecidos en el acto de autorregulación o de disposición de intereses. Buena fe significa actuar con la corrección necesaria para satisfacer los intereses de la otra parte del contrato. Buena fe es, en fin, ajustar nuestro comportamiento a lo establecido en el contrato.

Sin dejar de lado el contenido y alcance de este principio estelar, concluye el tribunal que de la conducta desplegada por la parte convocante en el cumplimiento del contrato, no puede deducirse ánimo de defraudar a la entidad estatal, puesto que, como ha quedado dicho, en todas las certificaciones expedidas por aquella expresó que se referían a “Ventas brutas por concepto de pauta publicitaria” y luego, en algunos de los formatos suministrados por la Comisión Nacional de Televisión incluyó una aclaración en el mismo sentido, de manera que, esta entidad hubiera podido advertir desde el principio la equivocada interpretación atribuida por el concesionario a la extensión de la base sobre la cual debía liquidarse la contribución a su cargo.

#### 3.3.3.3.2.7. El alcance que puede tener el laudo proferido el 28 de noviembre de 2001

Finalmente, dentro del proceso se ha hecho referencia al laudo que se dictó el 26 de noviembre de 2001 en el proceso convocado por Caracol para resolver sus diferencias con la Comisión Nacional de Televisión en materia de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión.

En dicho laudo se dijo, de acuerdo con la transcripción que hace la parte convocante, lo siguiente:

“La equivalencia o conmutatividad de las prestaciones de este contrato de concesión, se establecen entre las partes, según el valor de los derechos pagados por el concesionario y “la participación en los beneficios que la misma (concesión) proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio” (L. 182/95, art. 5º, lit. g)). O, lo que es lo mismo, por su participación en el mercado de la pauta publicitaria, más conocida técnicamente como inversión neta en publicidad de televisión o mercado de televisión.

“Lo anterior significa igualmente que la ecuación contractual no se ve afectada por incidencia de otros ingresos o egresos obtenidos por el concesionario en ejercicio de otras actividades comerciales tales como la comercialización de productos en el exterior; ellas nada tienen que ver con el contrato de concesión propiamente dicho. Sería absurdo pretender restablecer la ecuación financiera de un contrato de esta naturaleza por las eventuales disminuciones de los ingresos del contratista ocasionados en esas actividades comerciales ajenas a la concesión.

“Debe advertir el tribunal que no resulta acertado, jurídica y lógicamente, confundir la actividad de prestación del servicio público concedido por el Estado a la convocante mediante el contrato estatal aludido, con el ejercicio legítimo de las otras actividades ejercidas por la sociedad concesionaria en desarrollo de su objeto social. (V. certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, incorporado al expediente)”.

Al respecto debe observar el tribunal que las consideraciones que se han transcrito se refieren específicamente al alcance del equilibrio económico y el restablecimiento que procedía en el contrato mencionado. Sin embargo, cosa distinta es la que se analiza en el presente caso, en el cual simplemente el legislador dispuso, y el contrato así lo consagró, que el concesionario debía contribuir con el 1.5% de la facturación bruta.

De esta manera de todo lo expuesto resulta para el tribunal que la facturación bruta incluye todos los ingresos facturados por el concesionario y no solamente aquellos provenientes de pauta publicitaria.

#### 3.3.4. Rebajas, devoluciones y descuentos

La parte convocante ha solicitado que el tribunal determine que el sentido del numeral 14 de cláusula 15 del contrato de concesión celebrado entre las partes, y tal como fue modificada por el otrosí, implica que para el cálculo de la facturación bruta anual se excluyen las rebajas, devoluciones y descuentos efectuados por el concesionario en el período correspondiente. Para tal efecto hace referencia a las normas contenidas en el Decreto 2649 de 1993.

La parte convocada después de hacer un análisis sobre los términos “bruto” o “bruta” ha sostenido que las ventas brutas son las ventas totales que representan las facturas, sin hacer deducción alguna por concepto de devoluciones, rebajas, bonificaciones o descuentos.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

Como ya se expuso en otro aparte de este laudo, el concepto de facturación bruta hace referencia al total de la facturación sin deducir gastos, deudas, descuentos ni impuestos.

Cabe preguntarse si a pesar de lo anterior se deben descontar devoluciones, rebajas, bonificaciones o descuentos como lo sostiene la parte convocante.

A este respecto se encuentra lo siguiente:

El artículo 26 del estatuto tributario dispone:

“La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos ...” (se resalta).

Así mismo, el artículo 99 del estatuto señala:

“Por ingresos netos se entiende el valor de los ingresos de toda procedencia realizados en el año o período gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo.

“Por primas netas se entiende el valor de las primas brutas menos sus correspondientes devoluciones y cancelaciones” (se resalta).

De lo expuesto se deduce que la legislación tributaria al contemplar los ingresos brutos, no excluye las devoluciones, rebajas o descuentos. Para dicho estatuto cuando se descuentan estos conceptos se obtiene un ingreso neto.

A lo anterior vale la pena agregar que en casos como el impuesto de industria y comercio, en el cual para determinar la base del impuesto se deduce el valor de las devoluciones, ello ocurre porque el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, expresamente señala que el impuesto de industria y comercio, “se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior ... con exclusión de: devoluciones”. Es decir que para el legislador es claro que para que de los ingresos brutos se deduzcan los conceptos que señala el demandante es necesario disponerlos expresamente.

Adicionalmente, el demandante ha señalado que el artículo 103 del Decreto 2649 de 1993 dispone:



“Devoluciones, rebajas y descuentos. Las devoluciones, rebajas y descuentos condicionados, se deben reconocer por separado de los ingresos brutos”.

Sin embargo, para el tribunal dicha disposición no significa que para calcular los ingresos brutos deba disminuirse del total de los ingresos las devoluciones, rebajas y descuentos condicionados, sino que los mismos deben revelarse claramente por separado, pues en todo caso, de las normas que ya se transcribieron se desprende que los ingresos brutos no permiten rebaja o descuento alguno.

A este respecto estima pertinente señalar el tribunal que el Consejo de Estado<sup>(73)</sup> en concepto rendido en relación con el límite previsto por la Ley 10 de 1990 para los costos y gastos del monopolio de explotación de juegos de suerte y azar creado por la misma ley expresó:

“Ventas netas. La aplicación del 15% para señalar el monto máximo de los costos y gastos, plantea la cuestión de las ventas brutas o simplemente ventas, frente a las ventas netas, a fin de determinar si se trata de conceptos equivalentes en estos casos o debe hacerse distinción entre uno y otro y en qué consiste.

“En materia de “ingresos”, por ejemplo la legislación tributaria distingue entre “ingresos brutos” e “ingresos netos”, al restar de los primeros los “descuentos, rebajas y devoluciones”, que pague el comerciante. También la Contaduría General de la Nación tiene una definición de ingreso bruto: “Valor total recibido antes de efectuar deducciones por devoluciones, descuentos o rebajas”<sup>11</sup>.

“En la actividad comercial se entiende que las “ventas netas” se calculan restando de las ventas brutas “las devoluciones y rebajas en ventas” y algunos contadores acostumbran a sustraer también los descuentos para determinar “las ventas netas”<sup>12</sup>.

“La Contaduría General de la Nación emitió concepto acerca del tema, en los siguientes términos, donde precisa:

“La comisión sobre ventas no es un determinante del valor de la venta en sí, por cuanto debe entenderse como una retribución a su realización. Es por ello que, mientras el concepto de descuento en ventas se presenta como un menor valor de los ingresos, la comisión sobre ventas corresponde a un componente de los gastos o costos de operación del negocio”<sup>11</sup>.

“Lo anterior para establecer que la comisión de ventas al ser componente de los gastos o costos no podría deducirse a fin de determinar las ventas netas. Sin embargo, al advertir la diferencia con la expresión “descuento de ventas”, esta sí tiene en criterio de la contaduría general alcance conceptual diferente y conducente, por tanto, a la “venta neta”.

“El Diccionario de la Real Academia Española al definir la expresión “neto o neta” como adjetivo, le da el significado de: “limpio y puro”; agrega en la segunda acepción: “que resulta líquido en cuenta, después de comparar el cargo con la data; o en el precio, después de deducir los gastos”.

Como se puede apreciar, el Consejo de Estado claramente distingue ventas brutas y ventas netas, y estas últimas resultan de restar devoluciones y rebajas.

Así las cosas, de las normas mencionadas y del concepto transcrito se desprende que la expresión facturación bruta no permite que se deduzcan los descuentos, rebajas o devoluciones, pues ella se refiere a la totalidad de los ingresos del concesionario.

Adicionalmente, y en cuanto se refiere a la observación de la parte convocada relativa a la conducta de la Comisión Nacional de Televisión, considera pertinente señalar el tribunal que al examinar los documentos remitidos por la convocante a la Comisión Nacional de Televisión para efectos del pago de la contribución, no se encuentra que la misma haya precisado que para hacer el cálculo correspondiente se hayan deducido las devoluciones, rebajas o descuentos. En esta medida no se puede afirmar que la Comisión Nacional de Televisión hubiere asumido frente a Caracol una conducta en el sentido de aceptar la interpretación de esta última. Pero además, si dicha conducta hubiera existido es claro para el tribunal que la misma no permite modificar el sentido y alcance de la cláusula contractual, en la medida en que, como ya se dijo, dicha estipulación corresponde al texto de

una disposición legal de carácter imperativo, por lo cual su significado debe determinarse tomando en cuenta el sentido genuino de la ley que la creó.

Por lo anterior considera el tribunal que para efectos de determinar la facturación bruta anual, que constituye la base para liquidar la contribución del uno punto cinco por ciento (1.5%) que deben realizar los concesionarios de los canales de operación privada, no hay lugar a deducir rebajas, devoluciones o descuentos.

### 3.4. Las excepciones propuestas por la Comisión Nacional de Televisión

El señor apoderado de la Comisión Nacional de Televisión propuso las siguientes excepciones de mérito:

#### 3.4.1. Ausencia de elementos oscuros o conflictivos que ameriten una interpretación judicial de la cláusula contractual

Afirma el señor apoderado que el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión, modificado por el otrosí 1 del 8 de noviembre de 1999, tuvo como fundamento el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 y que en la licitación para la operación y explotación de los canales privados de televisión, se estableció claramente en los pliegos de condiciones, y así fue acordada en el contrato, la obligación de destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de televisión pública, disposición que es clara en cuanto se refiere a la facturación bruta anual de Caracol, términos técnicos que indican que no hay descuento alguno, estipulación que no fue objeto de cuestionamiento por la sociedad concesionaria, ni durante el trámite de la licitación, ni al celebrar el contrato, ni tampoco en la oportunidad en que se firmó otrosí al citado contrato, con el fin de ayudar, financieramente, a la televisión privada.

Sobre el particular, ya se ha mencionado en este laudo que, ciertamente para el tribunal el texto de la cláusula cuya interpretación se ha solicitado en la demanda es claro, lo cual sin embargo, no impide fijar su alcance en la forma en que se ha hecho en esta providencia, más cuando existe divergencia entre las partes contratantes en torno de la forma en que debe dársele cumplimiento a dicha cláusula, de manera que, tal como se encuentra planteada esta excepción ella no prospera.

#### 3.4.2. Imposibilidad de que por vía de interpretación se modifique la ley que se reprodujo literalmente en el contrato de concesión

Anota el excepcionante que fue clara la voluntad de las partes de establecer la obligación a cargo de la sociedad concesionaria de pagar el 1.5% de su facturación bruta anual para el Fondo de la televisión pública, tal como lo dispone la ley y de aceptarse el planteamiento de la demanda se estaría modificando la ley, con lo cual además se desvirtuaría la voluntad de las partes y se estaría cambiando el contenido contractual que no fue lo planteado en la demanda como pretensión.

#### 3.4.3. Imposibilidad de que por vía de interpretación se modifique la cláusula del contrato que reproduce literalmente el texto de la ley

La parte convocada recuerda que la cláusula pertinente del contrato, aun después del otrosí celebrado en el año de 1999 reproduce literalmente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, que dispone:

“ART. 16.—El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

(...).

PAR. 2º—Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente”.

Y la demanda pretende que, mediante interpretación, se modifique la cláusula y como consecuencia de ello se modifique, también, la ley en ella reproducida, lo cual no es posible.

El tribunal procede a referirse conjuntamente sobre las afirmaciones de los numerales 2º y 3º anteriores, planteadas como excepciones, en cuanto su decisión comparte el mismo fundamento.

A este respecto, según ha quedado dicho, el tribunal acoge el planteamiento propuesto por la Comisión Nacional de Televisión en el sentido de que no resulta procedente modificar un texto legal o una estipulación contractual por vía de interpretación.

Y es que aun cuando el término “modificar” tiene varias acepciones, el tribunal entiende que la oposición de la Comisión Nacional de Televisión se centra en que se “transforme” el contenido de la estipulación contractual que ha dado lugar a este proceso, cuando de lo que se trata simplemente es de “interpretar” tal cláusula, esto es, según el Diccionario de la Real Academia, “Explicar o declarar el sentido de una cosa...”.

De manera pues, que el tribunal lo que ha hecho en este laudo es fijar el alcance de una cláusula contractual que reproduce un texto legal, cuya aplicación práctica suscitó controversia entre las partes precisamente por haber divergencia en su entendimiento, sin entrar a cambiar, transformar o modificar el contenido ni de la cláusula ni del texto legal en cuestión.

No obstante lo anterior, entiende el tribunal que las excepciones son medios de defensa del demandado que apuntan directamente a enervar el derecho alegado por el demandante, de manera que no cualquier argumentación en defensa de la posición del demandado puede revestir tal carácter. A este respecto Morales Molina<sup>(74)</sup> expresa: “En un sentido concreto, pues, la excepción consiste en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos de la pretensión” y más adelante cita a la Corte Suprema de Justicia cuando manifestó: “a diferencia de lo que ocurre con la excepción, cuya proposición formal impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final: sobre ella resuelve indirecta o implícitamente el juez al desestimar la acción”.

Así las cosas, los argumentos de la parte demandada a los que se ha hecho referencia, no obstante ser compartidos por el tribunal, no prosperarán como excepciones pues no son propiamente tales.

### 3.5. La demanda de reconvención

Dentro del término de contestación de demanda, la entidad convocada planteó como medio de defensa, demanda de reconvención para que este tribunal declare que el concesionario está obligado a pagar el 1.5% de su facturación bruta anual al Fondo de desarrollo de la televisión pública, sin excluir ningún concepto como devoluciones, descuentos, rebajas, producción de comerciales y ventas internacionales. Igualmente, para que se declare que el concesionario no ha pagado la totalidad de las sumas que debía pagar en el año 1999 y en el año 2000, las cuales sumadas ascienden a la cantidad de \$ 446.413.725. Finalmente, pretende que se condene a la concesionaria a pagar la suma mencionada más los intereses moratorios y a pagar las costas del proceso.

Por su parte el concesionario reconvenido, en su escrito de contestación, se opone a las pretensiones, desconoce en los hechos que el concesionario tenga que pagar el 1.5% de toda la facturación bruta anual y afirma, *inter alia*, que Caracol Televisión S.A. suministró oportunamente toda la información referente a la totalidad de la facturación bruta proveniente de la actividad generada de su calidad de concesionario de la operación y explotación de un canal privado de televisión, que “[I]a facturación por concepto de ingresos provenientes de la producción de comerciales y de ventas internacionales no forma parte de la base para la liquidación de la contribución del 1.5% establecida en el contrato de concesión, por cuanto ellos no se generan por la actividad objeto de la concesión”.

Sobre cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención, procede a pronunciarse el tribunal.

En la pretensión primera de la demanda de reconvención, la Comisión Nacional de Televisión solicitó que se declarara que “Caracol está en la obligación de destinar el 1.5% de su facturación bruta anual al Fondo de desarrollo de la televisión pública, para lo cual deberá tener en cuenta la totalidad de los ingresos que haya recibido dicha empresa, sin excluir ningún concepto, tales como devoluciones, descuentos, rebajas, producción de comerciales ni ventas internacionales”.

De acuerdo con lo expuesto sobre alcance de la expresión “facturación bruta anual”, esta pretensión habrá de

prosperar.

Las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvención son del siguiente tenor:

“Segunda: DECLARAR, en consecuencia, que Caracol debió pagar a la Comisión Nacional de Televisión por el concepto anterior, las siguientes cantidades de dinero:

2.1. Para el año 1999 la cantidad de \$ 1.435.517.505.

2.2. Para el año 2000 la cantidad de \$ 2.725.801.200”.

“Tercera: DECLARAR que Caracol no cumplió su obligación de pagar a la Comisión Nacional de Televisión la totalidad de las sumas adeudadas por los años citados, pues dejó de pagar las siguientes cantidades de dinero:

“3.1. La cantidad de \$ 233.791.102, durante el año 1999, correspondiente a la facturación que se dejó de reportar en las siguientes fechas: ...

“3.2. La cantidad de \$ 212.622.623 durante el año 2000. Correspondiente a la facturación que dejó de reportar en las siguientes fechas:...”.

Finalmente, la pretensión cuarta hace referencia a las condenas que se derivan de las pretensiones anteriores y a los intereses de mora sobre las sumas correspondientes, causados desde “el día en que cada una de las obligaciones debió pagarse hasta el día en que el pago efectivamente se produzca”.

En relación con este punto, habida consideración del entendimiento del tribunal sobre el alcance de la expresión “facturación bruta” se accederá a las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvención, habida consideración de que la causación de las sumas a las que tales pretensiones se refieren quedó acreditada en el proceso, a través de la continuación de la declaración del representante legal de Caracol Televisión S.A., cuya transcripción, obra en el proceso en los folios 237 y siguientes del cuaderno de pruebas 1 del expediente.

De acuerdo con dicha prueba, para el año de 1999, Caracol Televisión S.A. declaró a la Comisión Nacional de Televisión haber facturado la suma de \$ 80.115.093.533, por concepto de pauta publicitaria, cuando su facturación total ascendió a \$ 95.701.167.000.

Así las cosas, se presentó una diferencia de \$ 15.586.073.467, sobre la cual la sociedad demandante deberá pagar el 1.5%, es decir la suma de \$ 233.791.102 a la Comisión Nacional de Televisión, con destino al Fondo de desarrollo de la televisión pública, según se ordenará en la parte resolutive de este laudo.

De igual manera, para el año 2000, según lo declaró el representante legal de Caracol Televisión S.A., esta sociedad reportó a la Comisión Nacional de Televisión la suma de \$ 151.272.254.867, como ingresos brutos percibidos por concepto de pauta publicitaria, cuando su facturación total ascendió a \$ 181.720.080.000, arrojando una diferencia de \$ 30.447.825.133, sobre la cual debe liquidarse el 1.5%, que dejó de pagar Caracol Televisión S.A.; este porcentaje asciende a la suma de \$ 456.717.376.

Sin embargo, en la demanda de reconvención solamente se solicitó que se condenara a Caracol Televisión S.A. al pago de la suma de \$ 212.622.623.

Esta situación fue reconocida en el alegato de conclusión presentado por la mencionada sociedad en los términos siguientes:

“Igualmente, quedó demostrado que para el año 2000, Caracol Televisión S.A. para liquidar el 1.5% únicamente reportó a la Comisión Nacional de Televisión la facturación por concepto de pauta publicitaria que ascendió a \$ 151.272.254.867<sup>(75)</sup> y que los ingresos brutos por concepto de pauta publicitaria, producción de comerciales y ventas internacionales fue de \$ 181.720.080.000<sup>(76)</sup>, arrojando una diferencia de \$ 30.447.825.133, cuyo 1.5% asciende a \$ 456.717.376.

“Si bien es cierto que la citada diferencia quedó suficientemente demostrada en el proceso, no lo es menos que en

la pretensión 3.2, apenas se solicitó condenar por la cantidad de \$ 212.622.623. Esta diferencia obedeció a que la pretensión no incluyó el 1.5% dejado de pagar, correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2000, porque debían pagarse en el 2001.

“Por esta razón, y para no incurrir en un fallo *ultra petita*, solicitó condenar por la suma de \$ 212.622.623, que también está probada, dejando indemne el derecho de la Comisión Nacional de Televisión de obtener el pago del 1.5% faltante por la totalidad de la facturación bruta correspondiente al último trimestre de 2000”.

De acuerdo con lo antes expuesto, en la parte resolutive de este laudo se condenará a Caracol Televisión S.A., al pago de la suma solicitada en la demanda de reconvención, como ha quedado dicho.

En relación con los intereses de mora solicitados, el tribunal estima lo siguiente:

En primer lugar, en el artículo 1608 del Código Civil se dispone que el deudor está en mora “Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado...”.

En la cláusula tercera del otrosí 1 al contrato de concesión 136 de 1997, suscrito el 8 de noviembre de 1999 (fl. 24 del cdno. de pbas. 1 del exp.) se estipuló lo siguiente:

“Cláusula tercera. El numeral 14 de la cláusula 15 del contrato 136 de 1997 quedará así:

“Obligaciones del concesionario. EL concesionario se obliga a:

“14. destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública que será pagadero dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido el año de su causación” (resaltado ajeno al texto).

Así pues, queda claro que de acuerdo con la estipulación de las partes es posible determinar la fecha de pago de las sumas a cargo de Caracol Televisión S.A.

De otra parte, en el numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil se establece que “El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”.

De este modo está claro que existiendo mora deben cancelarse los intereses correspondientes. Ahora bien, la parte convocada en su demanda de reconvención solicitó que se condenara al pago de “los intereses de mora liquidados a la tasa fijada para los créditos ordinarios de libre asignación aumentada en una mitad”, sin precisar cuál era fundamento para solicitar dicha tasa.

Al examinar el contrato el tribunal encuentra que en la cláusula 8ª, denominada forma de pago de la concesión, se previó:

“El concesionario pagará el valor estipulado en la cláusula anterior (se refiere a la cláusula 7ª que establece un valor de \$117.973.850.000) en forma diferida en un plazo de dos años así:

“(…).

“En caso de que el concesionario cancele después de la fecha estipulada pagará a la Comisión Nacional de Televisión los intereses de mora correspondientes, que se liquidarán a la tasa máxima permitida por la ley”.

Por el contrario cuando el numeral 14 de la cláusula 15 establece la obligación de contribuir con el pago del 1.5% sobre la facturación bruta no establece cuál es la tasa de interés moratorio.

En la medida en que el contrato solo contempló la tasa de interés moratorio para el pago del valor de la concesión establecido en la cláusula 7ª y no lo contempló para la contribución prevista en el numeral 14 de la cláusula 15, considera el tribunal que en este caso debe aplicarse lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, en la forma como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

	1.5% sobre facturación no reportada	Fecha en que debió pagarse	Intereses 1999	Intereses 2000	Intereses 2001	Intereses 2002
1er trimestre 1999	34.019.475.16	15 de abril 1999	3.003.944.93	4.586.162.42	4.936.716.80	5.179.856.79
2° trimestre 1999	54.801.708.81	15 de julio 1999	3.093.408.34	7.309.013.84	7.867.695.93	8.254.712.49
3er trimestre 1999	60.692.710.87	15 de octubre 1999	1.531.771.83	8.000.392.59	8.611.921.89	9.035.547.35
4° trimestre 1999	84.277.207.17	5 de enero 2001			10.625.361.04	11.302.862.49
1er trimestre 2000	54.655.597.00	5 de abril 2001			4.941.665.32	7.009.012.17
2° trimestre 2000	75.832.251.00	5 de julio 2001			4.519.581.69	9.669.242.64
3er trimestre 2000	82.134.774.00	5 de octubre 2001			2.359.984.11	10.388.122.82
4° trimestre 2000		5 de enero 2001				0.00
Total intereses por años			7.629.125.10	19.895.568.85	43.862.926.78	60.839.056.74
Gran total intereses						132.226.677.47

Finalmente, la última pretensión de la demanda de reconvencción, versa sobre las costas del proceso, cuyo pago se solicita respecto de Caracol Televisión S.A., aspecto este al cual se referirá el tribunal en un acápite posterior.

### 3.6. Las excepciones propuestas por Caracol Televisión S.A. a la demanda de reconvencción

El señor apoderado de la Sociedad Caracol Televisión S.A., al contestar la demanda de reconvencción propuso la siguiente excepción:

#### 3.7. Inexistencia del derecho del demandante en reconvencción a obtener las declaraciones solicitadas

Afirma el señor apoderado, que la manera como los concesionarios, es decir los canales nacionales de operación privada obtienen los ingresos provenientes de la explotación de su concesión es a través de la venta de espacios publicitarios y que de acuerdo con la ley, el servicio de televisión, materia de la concesión, es la posibilidad de emitir, transmitir, difundir, radiar y recibir señales de audio y video en forma simultánea.

Agrega que como contraprestación el concesionario tiene la obligación de pago y todas las demás obligaciones contenidas en la cláusula 15 del contrato. O lo que es lo mismo, la obligación de pago solo se da respecto de la facturación proveniente de dicha concesión. La fuente de ingresos de la concesión, cual es la venta de la pauta publicitaria, está sometida al gravamen del 1.5%, pues, dicha venta es un acto de comercio que solo puede realizar quien sea titular de una concesión.

En tal virtud, la facturación proveniente de actividades que no dependan de la calidad de concesionario tales como, la producción y comercialización de material audiovisual, la realización de eventos, la enajenación de derechos inmateriales y todas las demás que se desarrollen en ejercicio del objeto social, no forman parte de la contribución de que trata el numeral 14 de la cláusula 15 del contrato de concesión. Ninguna actividad que genere facturación y

pueda realizarse sin tener la calidad de concesionario, debe quedar comprendida dentro de la obligación de pago del 1.5% a favor del Fondo para el desarrollo de la televisión pública.

Y la comisión no puede pretender que los ingresos generados por actividades comerciales cuyo ejercicio no requiere de concesión del Estado, estén incluidos en la base de una contribución que la ley solo le impone a quien tenga la calidad de concesionario de un canal nacional de operación privada.

En relación con la excepción propuesta por el apoderado de Caracol Televisión S.A. a la demanda de reconvención, el tribunal considera lo siguiente:

El concesionario, en esencia, quiere limitar el alcance del 1.5% de la facturación bruta anual a la facturación por venta de pauta publicitaria, criterio o alcance que no comparte este tribunal por estar en contravía con lo expresamente establecido en la ley. Además se debe recordar que la obligación del 1.5% es una obligación legal trasunta en el contenido del contrato de concesión celebrado entre Caracol y la Comisión Nacional de Televisión y que esa contraprestación que se debe pagar hace parte del contenido económico del contrato sobre el cual hubo suficiente información, conocimiento y consentimiento que no se puede, a poco andar, desconocer o limitar.

Así mismo, se debe insistir en que la excesiva onerosidad de la prestación, el rompimiento del equilibrio económico del contrato o la imposibilidad sobrevenida, no han sido alegadas ni probadas por el concesionario en el presente trámite arbitral.

En este orden de ideas, el tribunal encuentra ajustado a derecho, es decir, de conformidad con la ley y con el contrato, las reclamaciones de la Comisión Nacional de Televisión y así habrá de decretarlo en la parte resolutive de este laudo.

### 3.8. Costas

Como quiera que las pretensiones de la parte convocada no prosperan y, por el contrario, sí proceden las formuladas por la parte convocada en su demanda de reconvención, considera el tribunal procedente condenar en costas a la parte convocada, por lo cual esta deberá sufragar a la Comisión Nacional de Televisión el valor cancelado por esta última por razón del presente tribunal.

Adicionalmente, por razón de agencias en derecho el tribunal condenará a Caracol Televisión S.A. a pagar la suma de seis millones quinientos mil pesos (\$ 6.500.000.00).

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

RESUELVE:

1. DENEGAR las súplicas de la demanda presentada por la Sociedad Caracol Televisión S.A.
2. DECLARAR que de acuerdo con el contrato de concesión 136, modificado por el otrosí 1 del 8 de noviembre de 1999, celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión (en adelante la “CNTV”) y Caracol Televisión S.A. (en adelante “Caracol”), la concesionaria Caracol está en la obligación de destinar el 1.5% de su facturación bruta anual al Fondo de desarrollo de la televisión pública, para lo cual deberá tener en cuenta la totalidad de los ingresos que haya recibido dicha empresa, sin excluir ningún concepto, tales como devoluciones, descuentos, rebajas, producción de comerciales ni ventas internacionales.
3. DECLARAR, en consecuencia, que Caracol debió pagar a la Comisión Nacional de Televisión por el concepto anterior, las siguientes cantidades de dinero:
  - a) Por el año 1999 la cantidad de \$ 1.435.517.505, y
  - b) Por el año 2000 la cantidad de \$ 2.725.801.200.
4. DECLARAR que Caracol no cumplió su obligación de pagar a la Comisión Nacional de Televisión la totalidad

de las sumas adeudadas por los años citados, pues dejó de pagar las siguientes cantidades de dinero:

a) La cantidad de \$ 233.791.102 durante el año 1999, correspondiente a la facturación que dejó reportar en las siguientes fechas:

Fecha	Fecha de pago	1.5% de factura
		no reportada
31-Ene.-99	15- Abr.-99	7.538.080
28-Feb.-99	15-Abr.-99	11.882.916
31-Mar.-99	15-Abr.-99	14.598.479
30-Abr.-99	15-Jul.-99	18.221.949
31-Mayo-99	15-Jul.-99	19.180.406
30-Jun.-99	15-Jul.-99	17.399.354
31-Jul.-99	15-Abr.-99	24.476.951
31-Ago.-99	15-Abr.-99	16.637.975
30-Sep.-99	15-Abr.-99	19.577.785
31-Oct.-99	04-Ene.-01	25.627.642
30-Nov.-99	04-Ene.-01	28.444.298
30-Dic-99	04-Ene.-01	30.205.267
<b>Total</b>		<b>233.791.102</b>

b) La cantidad de \$ 212.622.623 durante el año 2000, correspondiente a la facturación que dejó reportar en las siguientes fechas:

Fecha	Fecha de pago	1.5% de factura
		no reportada
31-Ene.-00	05-Abr.-01	12.901.210
28-Feb.-00	05-Abr.-01	20.492.941
31-Mar.-00	05-Abr.-01	21.461.446
30-Abr.-00	05-Jul.-01	24.432.788
31-Mayo-00	05-Jul.-01	25.936.017
30-Jun.-00	05-Jul.-01	25.463.446
31-Jul.-00	05-Oct.-01	27.857.937
31-Ago.-00	05-Oct.-01	26.648.964
30-Sep.-00	05-Oct.-01	27.627.873
<b>Total</b>		<b>212.622.623</b>

5. CONDENAR a la Sociedad Caracol Televisión S.A. a pagar a la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, las cantidades de dinero mencionadas en punto cuarto de esta parte resolutive, junto con los intereses de mora liquidados en la forma señalada en la parte motiva del presente laudo cuyo monto asciende a: \$ 132.226.677.47.

6. DECLARAR que no prosperan las excepciones propuestas por las partes.



7. CONDENAR a la Sociedad Caracol Televisión S.A. a pagar a la Comisión Nacional de Televisión la suma de \$ 15.851.670 por razón de costas y la suma de \$ 6.500.000 por concepto agencias en derecho.

8. ORDENAR la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

9. ORDENAR la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

10. ORDENAR que por secretaría se envíe copia de este laudo a la Procuraduría General de la Nación, por intermedio del señor procurador noveno ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien actuó en este proceso.

11. ORDENAR la expedición de la primera copia auténtica de este laudo con destino a la Comisión Nacional de Televisión y de copia auténtica del mismo con destino a Caracol Televisión S.A.

El presente laudo queda notificado en estrados.

---