

Laudo Arbitral

Casa Editorial El Tiempo S.A.

v.

Comisión Nacional de Televisión

Agosto 19 de 2003

Bogotá, D.C., agosto 19 de dos mil tres (2003).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre la **Comisión Nacional de Televisión** y la **Casa Editorial El Tiempo S.A.**, surgidas con ocasión del contrato estatal de concesión N° 167 celebrado el 19 de junio de 1998, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. Antecedentes

1.1. El contrato

Con fecha 19 de junio de 1998, **Casa Editorial El Tiempo S.A.** y la **Comisión Nacional de Televisión** celebraron el contrato estatal de concesión N° 167, cuyo objeto consiste en *“la entrega que hace la comisión a título de concesión a la Casa Editorial El Tiempo S.A. para la operación y explotación de una (1) estación local con ánimo de lucro en Santafé de Bogotá, D.C., de conformidad con el pliego de condiciones de la licitación N° 002 de 1998 y la propuesta presentada por el concesionario, los cuales forman parte integral del presente contrato”* ⁽¹⁾.

1.2. El pacto arbitral

En la cláusula cuadragésima cuarta del contrato de concesión N° 167 de 1998 ⁽²⁾ las partes estipularon:

“CLÁUSULA 44.—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 someterá al tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad ni de las demás cláusulas excepcionales”.

1.3. Iniciación del trámite

1.3.1. Con fundamento en la compromisoria acordada en la cláusula cuadragésima cuarta del contrato de concesión N° 167 de 1998, la **Casa Editorial El Tiempo S.A.**, presentó el 24 de mayo de 2002, solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral frente a la **Comisión Nacional de Televisión** ⁽³⁾.

1.3.2. La precedente solicitud se admitió mediante auto proferido el 14 de junio de 2002, por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y de ella y de sus anexos corrió traslado por el término legal de diez (10) días a la **Comisión Nacional de Televisión**. En dicho auto se reconoció personería al doctor **Weiner César Ariza Moreno** como apoderado de la **Casa Editorial El Tiempo S.A.** ⁽⁴⁾.

1.3.3. Con fecha 27 de junio de 2002 ⁽⁵⁾, se notificó personalmente la admisión de la solicitud de convocatoria y, de la demanda arbitral y de sus anexos se corrió el traslado por el término legal al doctor **Sergio Quiroz Plazas**, director y representante legal de la **Comisión Nacional de Televisión**.

1.3.4. El 11 de julio de 2002, el doctor **Sergio Quiroz Plazas**, director y representante legal de la **Comisión Nacional de Televisión** confirió poder al doctor **Eduardo Fonseca Prada** ⁽⁶⁾, quien el 12 de julio de 2002, presentó contestación a la demanda arbitral, se opuso a sus pretensiones, interpuso excepciones perentorias y solicitó pruebas ⁽⁷⁾.

1.3.5. El señor apoderado de **Casa Editorial El Tiempo S.A.**, mediante escrito de 19 de julio de 2002, contestó el escrito precedente y solicitó otras pruebas ⁽⁸⁾.

1.3.6. Con fecha 15 de agosto de 2002, dentro del trámite prearbitral, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no existir acuerdo entre las partes ⁽⁹⁾.

1.3.7. De común acuerdo las partes, en audiencia de 15 de agosto de 2002, designaron a los doctores **Juan De Dios Montes Hernández**, **Jorge Suescún Melo** y **Juan Pablo Cárdenas Mejía** como árbitros ⁽¹⁰⁾, quienes aceptaron oportunamente ⁽¹¹⁾.

1.3.8. En audiencia de 16 de septiembre de 2002, con la presencia de todos los árbitros y los señores representantes de las partes, se instaló el Tribunal de Arbitramento que designó como presidente al doctor **Juan De Dios Montes Hernández**, secretario al doctor **Germán Alonso Gómez Burgos** y profirió el Auto N° 1 en el cual se fijó la suma de honorarios y gastos, disponiéndose su consignación por mitades dentro de los términos legales ⁽¹²⁾.

1.3.9. Previa consignación de las sumas respectivas, por Auto N° 2 de 26 de septiembre de 2002, notificado a las partes y comunicado a la señora agente del Ministerio Público, se señaló el 15 de octubre de 2002 para surtir la primera audiencia de trámite ⁽¹³⁾.

1.4. Partes procesales

1.4.1. Parte convocante

La parte convocante de este trámite es **Casa Editorial El Tiempo S.A.**, sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, D.C., representada por su presidente, doctor **Luis Fernando Santos Calderón**.

En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor **Weiner César Ariza Moreno**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional N° 43.296 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el poder visible a folio 27 del cuaderno principal N° 1.

1.4.2. Parte convocada

La parte convocada del presente trámite arbitral es la **Comisión Nacional de Televisión**, entidad de derecho público domiciliada en Bogotá, D.C, representada legalmente por su director, doctor **Antonio Bustos Esguerra**.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **Eduardo Fonseca Prada**, abogado de profesión, con tarjeta profesional número 18.051 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible al folio 77 del cuaderno principal N° 1.

1.5. Trámite arbitral

1.5.1. Primera audiencia de trámite

El día veintitrés (23) de octubre de dos mil dos (2002), Acta N° 3, se realizó la primera audiencia de trámite, se leyó la cláusula compromisoria acordada en la cláusula cuadragésima cuarta del contrato de concesión N° 167 de 1998 suscrito el 19 de junio de 1998, las pretensiones de la parte demandante contenidas en su demanda arbitral y las excepciones perentorias formuladas en su contra por la parte demandada ⁽¹⁴⁾.

Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la demandante, así como de las excepciones de la demandada, el tribunal, mediante Auto N° 4 de veintitrés (23) de octubre de dos mil dos (2002), se declaró competente para conocer y decidir en

derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el contrato de concesión N° 167 de 1998, a que refieren la demanda, su contestación y excepciones ⁽¹⁵⁾.

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto N° 5 proferido en la audiencia del veintitrés (23) de octubre de dos mil dos (2002), Acta N° 2 ⁽¹⁶⁾.

El trámite se desarrolló en diecinueve (19) sesiones, durante las cuales fueron practicadas las pruebas.

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la demanda arbitral, su contestación, y se ofició a las entidades pertinentes para obtener las pruebas documentales solicitadas por las partes.

Se decretó, practicó y rindió dictamen pericial técnico ⁽¹⁷⁾ por parte del doctor **Daniel Rosas Tapia**, un dictamen pericial de mercadeo ⁽¹⁸⁾ por los doctores **Miguel Ricaurte Lombana** y **Carlos Díaz Cortés** y un dictamen pericial financiero ⁽¹⁹⁾ por los doctores **Clara López Obregón** y **Carlos Enrique Pineda Durán**, cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley.

En Acta N° 4 de 28 de octubre de 2003, el tribunal aceptó el desistimiento del testimonio de los señores **Juan Benavides, José Leibovich** y **Patricia Cortés** ⁽²⁰⁾.

1.5.3. Audiencia de conciliación

Por auto proferido el 12 de junio de 2003 ⁽²¹⁾, se fijó el día 3 de julio de 2003, a las 9:30 A.M., para llevar a cabo audiencia de conciliación, que surtida se declaró fracasada.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 3 de julio de 2003, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos ⁽²²⁾. La señora agente del Ministerio Público, igualmente expuso su concepto y entregó escrito contentivo del mismo ⁽²³⁾. En forma resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados en los respectivos alegatos.

1.5.4.1. Alegato de Casa Editorial El Tiempo S.A.

El apoderado de la parte convocante, después de hacer unas precisiones generales sobre la naturaleza conmutativa del contrato de concesión y, en particular, sobre los contratos de concesión con operadores de televisión, así como del alcance de los riesgos asumidos en los mismos, llega a la conclusión que el contrato de concesión N° 167 de 1998 suscrito entre las partes, es de naturaleza conmutativa y de riesgos previsibles y normales.

En su criterio, si la ley reconoce que para fijar la tarifa de concesión es necesario tener en cuenta la recuperación de los costos del servicio público de televisión y los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios y, además, autoriza a la convocada para reestructurar los mismos en materia de tarifas, ***“mal puede decirse que los contratos de concesión son aleatorios, pues en estos no puede haber autorización de reestructuración, pues es de su naturaleza la contingencia incierta de ganancia o pérdida”***.

Tal conmutatividad de este tipo de contratos, de acuerdo con la ley, se encuentra entre el valor de los derechos, tasas y tarifas, la recuperación de los costos del servicio público de televisión y la participación en los beneficios que la misma proporciona a los concesionarios. Más adelante y a partir de la jurisprudencia arbitral y de algunas referencias doctrinales, reitera su idea de la conmutatividad del contrato 167 de 1998, característica que a la postre le permitió a la comisión otorgar alivios a los canales regionales, pues si dichos contratos no son conmutativos, ***“mal podían otorgarse tales alivios, so pena de prevaricato, peculado y enriquecimiento ilícito a favor de terceros”***.

En este orden de ideas, exige que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, habida cuenta que en el

expediente está demostrado: a. La relación de elasticidad entre el PIB y la INPT; b) la imprevisible caída del PIB y de la INPT; c) la caída de los ingresos como consecuencia de la caída del PIB y de la INPT; d) inexistencia de problemas de cubrimiento técnico y de mercadeo y, finalmente, una inversión que supera los 91.000 millones de pesos, sin que el inversionista hubiera recuperado su inversión, pues hasta la fecha el proyecto no ha generado ninguna disponibilidad para el mismo; por el contrario, pone de presente que el contrato arroja una TIR del 0.21 % y no del 32 % como había sido proyectada.

Así las cosas y teniendo en cuenta que no era un alea propia del contrato de concesión que **Casa Editorial El Tiempo** asumiera una crisis económica como la que ha tenido que soportar, como tampoco está probado que el desequilibrio le sea imputable, solicita un pronunciamiento favorable a las pretensiones incoadas en su escrito de demanda.

1.5.4.2. Alegato de la Comisión Nacional de Televisión

El apoderado de la parte convocada, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, declarar probadas las excepciones propuestas en su contestación y condenar en costas y agencias en derecho a la parte convocante. Las razones son las siguientes:

- a) Con la presentación de la propuesta que hizo la **Casa Editorial El Tiempo** dentro de la licitación pública N° 002, no nació una ecuación económica entre las prestaciones correlativas de las partes, mucho menos con la suscripción del contrato 167 de 1998, acto jurídico caracterizado por su aleatoriedad, en el cual no resulta aplicable el principio del equilibrio económico financiero.
- b) La comisión fijó de modo unilateral un valor por la concesión del canal local de televisión para la ciudad de Bogotá, sin tener en cuenta *“los principales factores que permitieran definir ni prever los resultados económicos que el explotador pudiera normalmente obtener de la utilización o explotación del canal de televisión, toda vez que se trataba de aspectos inherentes al desarrollo del negocio, que estarían en cabeza del concesionario y que constituían un riesgo que sería enteramente asumido por este”*.
- c) No hubo entre las partes un mutuo entendimiento sobre la existencia de una ecuación económica del contrato, ni se establecieron las bases para determinarla.
- d) El riesgo de pérdida o de ganancia fue libremente asumido por **Casa Editorial El Tiempo**, pues esta decidió correr con dicha contingencia, a sabiendas de la factible variación de los presupuestos respecto de los cuales consideró la posibilidad de ganancia.

1.5.4.3. Concepto de la señora agente del Ministerio Público

Para la señora agente del Ministerio Público, está demostrado que el desempeño de la economía nacional, *“presentado a partir de la época de adjudicación del contrato 167/98, generó que ninguna de las previsiones se dieran; afectando en forma grave la viabilidad del contrato; viéndose la CEET en la necesidad de contratar créditos, más temprano que tarde y por forzoso apremio, para cumplir con lo que había pactado”*.

Por el contrario, si las circunstancias económicas hubieran sido normales, conceptúa la H. Procuradora, el valor que pagó la **Casa Editorial El Tiempo** por la explotación de una estación local en la ciudad de Bogotá, hubiera sido justo. Sin embargo, como las circunstancias que precedieron al contrato *“modificaron de manera general la economía nacional y tuvieron importante incidencia en su desarrollo y ejecución; que no permitió, ni en pequeña medida, la recuperación de la inversión efectuada con este propósito”*. , existe razón suficiente *“para considerar el precio cobrado por ella y establecer uno acorde a la realidad de los hechos”*.

1.6. Audiencia de fallo

Mediante decisión del 21 de junio de 2003, ratificada en Auto del 13 de agosto de 2003, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza ⁽²⁴⁾ .

1.7. Término para fallar

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, **“al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”**.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a) El día 23 de octubre de 2002 se efectuó la primera audiencia de trámite, y mediante providencias números 4 y 5 proferidas en la misma audiencia y fecha (Acta N° 3), se asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

b) Posteriormente el proceso se suspendió a solicitud conjunta de las partes en las siguientes oportunidades: primera suspensión - del 9 de noviembre de 2002 al 27 de enero de 2003 (Acta N° 6 del 8 de noviembre de 2002) ⁽²⁵⁾; segunda suspensión – del 1 al 10 de febrero de 2003 (Acta N° 8 del 31 de enero de 2003) ⁽²⁶⁾; tercera suspensión – del 24 de mayo al 4 de junio de 2003 (Acta N° 15 del 20 de mayo de 2003) ⁽²⁷⁾; cuarta suspensión – del 13 de junio al 2 de julio de 2003 (Acta N° 17 del 12 de junio de 2003) ⁽²⁸⁾; quinta suspensión – del 4 de julio al 10 de agosto de 2003 (Acta N° 18).

Son, en total, ciento cuarenta y siete (147) días de suspensión.

Culminada la primera audiencia de trámite el veintitrés (23) de octubre de dos mil dos (2002) y suspendido el proceso en las oportunidades indicadas, el término legal de seis (6) meses vencería el catorce (14) de septiembre de 2003. Por consiguiente, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

2. Consideraciones

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el tribunal analizará:

I. Los presupuestos procesales.

II. Las pretensiones de la demanda.

III. El contrato de concesión en general.

IV. El contrato de concesión de servicios de televisión.

V. La relación contractual surgida entre Casa Editorial El Tiempo y la Comisión Nacional de Televisión. Análisis de la oferta, el pliego de condiciones y el contrato 167 de 1998.

VI. El equilibrio económico en los contratos de las entidades estatales.

VII. La distribución de los riesgos como factor de la ecuación económica del contrato.

VIII. Diferencias entre la excesiva onerosidad y la fuerza mayor.

IX. Límites al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

X. El restablecimiento del equilibrio económico presupone por regla general un contrato conmutativo y, por ende, la reciprocidad de las prestaciones.

XI. Los elementos esenciales requeridos para el restablecimiento del equilibrio económico por imprevisión.

XII. El restablecimiento del equilibrio y los contratos en curso.

XIII. La Ley 680 de 2001.

XIV. Análisis del caso concreto.

XV. Las excepciones propuestas.

XVI. Costas y agencias en derecho.

I. Los presupuestos procesales

La totalidad de los “*presupuestos procesales*”⁽²⁹⁾ concurren en este proceso:

1. Demanda en forma

La demanda con que se inició este asunto se ajusta a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia

El tribunal, según analizó detenidamente en la providencia proferida el veintitrés (23) de octubre de dos mil dos (2002), como consta en el Acta N° 3, es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “*pacto arbitral*” .

La persona jurídica privada convocante y la entidad de derecho público, convocada, están facultadas, al tenor del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias surgidas en el desarrollo de la actividad contractual y acordar la cláusula compromisoria en los contratos estatales⁽³⁰⁾ .

Por otra parte, la arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“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”.

La naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8° y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, en los artículos 3° y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional⁽³¹⁾ .

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *jurisdicción*, profieren providencias judiciales⁽³²⁾ , autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

3. Capacidad de parte

Las partes, **Casa Editorial El Tiempo S.A.** y la **Comisión Nacional de Televisión**, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con “*capacidad procesal*” o “*para comparecer a proceso*” .

Análogamente, el laudo conforme a lo pactado, se profiere en derecho y dentro del término para su pronunciamiento.

II. Las pretensiones de la demanda

Las diferencias sometidas al juzgamiento del tribunal conciernen al contrato estatal de concesión N° 167 de 1998 celebrado por **Casa Editorial El Tiempo S.A.** y la **Comisión Nacional de Televisión** el 19 de junio de 1998, respecto del cual en la demanda arbitral la parte convocante, formula las siguientes pretensiones:

- “1. Que se declare que durante la ejecución del contrato de concesión 167 de 1998, suscrito entre CEET y la CNTV, el comportamiento de la economía y de la inversión neta publicitaria en televisión ha sido extraordinario, imprevisto, imprevisible, ajeno y no imputable a CEET.
2. Que se declare que el comportamiento mencionado en la pretensión anterior, ha generado una disminución sustancial de las ventas por concepto de pauta publicitaria y una ejecución del contrato 167 de 1998 en condiciones diferentes, más difíciles y onerosas para CEET.
3. Que se declare que como consecuencia de todo lo anterior, se ha roto el equilibrio financiero del contrato de concesión 167 de 1998, pues durante la ejecución del mismo no ha existido equivalencia o conmutatividad entre el valor de la concesión pagado a la CNTV y los beneficios que estimaba reportar CEET por la explotación de la misma.
4. Que se declare que el monto de la concesión fijado por la CNTV para la estación local con ánimo de lucro de Santafé de Bogotá —contenido en el Acta 353 de 22 de enero de 1998— se estableció a partir del monto fijado por dicha entidad para los operadores privados en el nivel nacional en el Acta 259 de 16 de junio de 1997, y que el mismo resultó sobrestimado frente al comportamiento indicado en la pretensión 1 de esta demanda.
5. Que para restablecer el equilibrio financiero del contrato de concesión 167 de 1998 y resolver los efectos generados por los hechos anteriores, se ordene a la CNTV restituir a CEET, en el monto que resulte probado en el proceso, una parte del valor de la concesión fijado por dicha Entidad e incorporado en el literal a) numeral 5.1.1 de los pliegos de la Licitación 002/98 y en la cláusula 6 del contrato 167 de 1998.
6. Que para los mismos fines indicados en la pretensión anterior, se ordene a la CNTV restituir a CEET, en el monto que resulte probado en el proceso, una parte de los intereses pagados a dicha entidad en el período comprendido entre el 19 de junio y el 6 de noviembre de 1998.
7. Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE.
8. Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte en favor de CEET, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el tribunal.
9. Pretensión subsidiaria a las pretensiones principales 5 y 6.

Que en caso de que las pretensiones subsidiarias 5 y 6 no resulten procedentes, se restablezca la equivalencia o conmutatividad a que alude la pretensión principal 3, mediante la adopción judicial de cualquier medida que resulte necesaria para tal fin, tal como lo ordena el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

10. Que se ordene a la CNTV reconocer a CEET sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-88 de 1999.

11. Que se condene a la CNTV a pagar todos los gastos y costas del proceso”.

III. El contrato de concesión en general

El término concesión proviene del derecho administrativo y en especial de la concesión de servicios públicos, encuentra antiguos precedentes, se caracteriza por su función práctica o económica social al constituir mecanismo idóneo para la gestión, organización, funcionamiento, prestación o explotación de un servicio útil a la comunidad, el otorgamiento de un derecho temporal de uso de un bien público, la explotación de un bien o recurso estatal (v. gr. loterías, recursos naturales, disposición de basuras, playas, puertos de servicios públicos, etc.) ⁽³³⁾ .

Desde el punto de vista del derecho administrativo, el vocablo es genérico y comprensivo de la concesión de servicio público, obra pública y uso de bienes de dominio público, a contrario sensu de la contratación particular, en la cual, es un negocio jurídico caracterizado por el otorgamiento de un derecho transitorio, exclusivo y personal para la explotación de un bien o servicio por cuenta y riesgos propios y a cambio de una contraprestación, utilidad

o beneficio uniforme. Esta disimilitud impide el mismo tratamiento conceptual ⁽³⁴⁾ .

En las relaciones jurídicas de derecho administrativo, refiere a la gestión de un servicio público o al disfrute de un bien de dominio público y, por su medio, se gestiona de manera indirecta la prestación de los servicios públicos cuya titularidad permanece en el Estado, en asocio con el concesionario, quien lo presta y explota y, por consiguiente, asume los riesgos de la empresa ⁽³⁵⁾ .

En sentir de SAYAGUES LASO , ***“La concesión de servicio público puede definirse como el acto de derecho público por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y control, pero por cuenta y riesgo del concesionario”*** ⁽³⁶⁾ (resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, VEDEL considera que se trata de un ***“procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio”*** ⁽³⁷⁾ (resaltado fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-711 de 1996, anota:

“En términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que este satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público , cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente” ⁽³⁸⁾ (resaltado fuera de texto).

Dentro de la tipología negocial, la concesión, no obstante la diversidad conceptual (acto administrativo, acto reglamentario, delegación funcional, contrato privado o público, acto mixto, etc.), es un negocio jurídico, un contrato estatal por el cual el Estado confía a una persona natural o jurídica, pública o privada, de manera transitoria y exclusiva la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de un servicio público, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios, bien en unas y otras, del que dimanen relaciones jurídicas diferenciales entre el Estado, el concesionario y los usuarios del servicio.

La concesión ostenta tipicidad legal, es contrato bilateral o de prestaciones correlativas al generar derechos y obligaciones para cada una de sus partes o sujetos, concedente y concesionario, oneroso e *intuitu personae* o celebrado en consideración a aptitudes, calidades o atributos específicos de una o ambas partes y por la limitación dispositiva de la situación o posición jurídica.

La concesión incorpora los principios rectores de la función pública y de los servicios públicos y comporta una delegación transitoria de ciertas facultades por el concedente al concesionario generando relaciones jurídicas para sus partes, estas y terceros (usuarios), ya de naturaleza legal y reglamentaria en cuanto al servicio público, bien contractual, bien de ambos matices ⁽³⁹⁾ , aspecto en el cual prepara ulteriores contratos de desarrollo, aplicación o ejecución.

El de concesión de servicios públicos es contrato estatal ⁽⁴⁰⁾ . Su contenido se determina por las normas o preceptos legales y reglamentarios atañedores al servicio en sí mismo considerado, al contrato estatal en general, a su materia concreta, al servicio al cual concierne y, en particular, a las estipulaciones de la específica relación, entendiéndose de esta manera la posibilidad de su modificación por cambios normativos sobrevinientes referentes al servicio, al interés público, general o social que, a su vez, pueden variar las condiciones, requisitos y exigencias de la prestación del servicio o el contenido del contrato de concesión y afectar de manera favorable o desfavorable al concesionario. El legislador, en ejercicio de su competencia normativa, podrá mudar las normas legales relativas

al contrato estatal, a los servicios públicos o a unos y otros, con prevalencia del interés general sobre el particular ⁽⁴¹⁾, sin perjuicio del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El artículo 32, numeral 4° de la Ley 82 de 1993, previa indicación de su naturaleza de contrato estatal, define la concesión en los siguientes términos:

“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 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 una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Por la función práctica o económica social característica de la concesión, el ente estatal ocupa posición de supremacía y tiene la potestad de ejercer privilegios, prerrogativas o poderes exorbitantes (decisión previa y ejecución oficiosa) a los de la contratación particular o común, tales como los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, declaratoria de caducidades, exigencias de garantías, imposición de multas y penas, justificados por el interés público, la utilidad social y el servicio inherente a su objeto directo e inmediato.

La preeminencia del servicio público concede igualmente al Estado la posibilidad de integrar el contenido contractual con normas generales o concretas, preexistentes, coetáneas o ulteriores a su otorgamiento y celebración.

El concesionario, por su parte, tiene los derechos de todo contratante y los derivados del contrato de concesión, tales como organizar, administrar, explotar y prestar el servicio público, percibir el precio de su gestión normalmente del usuario y de acuerdo con una tarifa controlada, variable, inestable y susceptible a modificaciones, el ejercicio de un privilegio (monopolio, exclusividad exenciones de impuestos, tasas, contribuciones, etc.), todo de conformidad con la naturaleza del servicio concedido, su regulación normativa y reglamentaria y los términos del contrato celebrado.

La Corte Constitucional, en sentencia C-250 de junio 6 de 1996, Proceso D-1064, Ponente, Hernando Herrera Vergara, concretó los caracteres relevantes de este contrato, así:

“De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características: a) Implica una convención entre un ente estatal —concedentes— y otra persona —concesionario—; b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público. c) Puede tener por objeto al construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público; d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública). e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v. gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión será en su totalidad del concesionario, hasta tanto este obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido. f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales o de caducidad. g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato... El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio,

como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto esta directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual esta representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales. Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes” (resaltado fuera de texto).

Posteriormente, en sentencia C-126 de 1998 ⁽⁴²⁾, reiteró:

“32. Tal como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales ⁽⁴³⁾, por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originalmente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión. Pero en todo caso es propio de la concesión que el Estado no transfiere el dominio al concesionario, ya que sigue siendo de titularidad pública. Por esa razón, esta Corte ha admitido el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos de la propiedad estatal, como las salinas, pues es claro que por medio de esta figura se procura la explotación y administración de estos bienes de tal manera que se preserva la titularidad “que se le reconoce (al Estado) y de la cual no puede desprenderse ⁽⁴⁴⁾”. De otro lado, y ligado al interés público que acompaña este tipo de relaciones jurídicas, las autoridades deben ejercer una permanente vigilancia sobre el concesionario a fin de que cumpla adecuadamente sus obligaciones, “lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio ⁽⁴⁵⁾”. Así, específicamente en materia de recursos naturales, como el agua, esta Corte ha especificado que la concesión simplemente otorga “el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre estas”, por lo cual “aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de esta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquella consagra ⁽⁴⁶⁾” (resaltado fuera de texto).

Los de concesión son contratos de larga duración para permitir, de una parte, la eficaz ejecución de su objeto y la realización de las distintas actividades que comporta y, de otra parte, la adecuada contraprestación al concesionario y amortización o recuperación de las inversiones realizadas.

El concesionario, en efecto, tiene derecho a una contraprestación determinada —según la duración del contrato, las obras, actividades e inversiones que se deben ejecutar, sus prestaciones y la naturaleza de los bienes—, consistente, ya en una suma periódica, única o porcentual, en una participación sobre la explotación, en derechos, tasas, tarifas, valoración o ya en cualquier otra modalidad acordada por las partes, con sujeción al ordenamiento (L. 80/93, art. 32).

IV. El contrato de concesión de servicios de televisión

El Estado, en su función administrativa y con el fin de poner a disposición de los particulares la prestación de los servicios que le son útiles, ejerce lo que el derecho público contemporáneo denomina la *procura de la existencia*, esto es, satisfacer a la comunidad con la prestación de un servicio que solo él puede prestar de manera eficaz. Además, al administrado le es imposible obtenerlo por sus propios medios. Entre este tipo de servicios públicos se encuentra el de televisión. Por ello, la Constitución en el artículo 75, preceptúa: *“El espectro electromagnético es un bien público, inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley...”*

Ahora bien, los contratos de servicios de televisión son de concesión, regidos por las disposiciones jurídicas previstas en la Ley 80 de 1993, la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996 y la Ley 680 de 2001, normatividad según la cual, su objeto consiste en el otorgamiento por el concedente al concesionario de la prestación, operación, explotación, organización o gestión de una obra o bien destinados al servicio o uso público por su propia cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y control del Estado y a cambio de una contraprestación (L. 80/93, art. 32, num. 4°).

La escogencia del contratista se sujeta al procedimiento de la licitación pública (L. 80/93, arts. 1°, 2° y 24); a su turno, el contenido del contrato debe acatar el pliego de condiciones o términos de referencia, sus aclaraciones, modificaciones y adiciones, a los cuales se sujeta la oferta, a punto que no podrá variarse el objeto ni modificarse sustancialmente sus términos y condiciones (D. 855/94, art. 12, inc. 2°).

Concretamente y tratándose de servicios de televisión, 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”***⁽⁴⁷⁾ ; estipuló normas específicas y prevalentes sobre el servicio público de televisión, de las cuales destaca el tribunal:

- a) El objeto del contrato de concesión de servicios de televisión atañe a la explotación de un servicio público y a la operación del espectro electromagnético atinente a dicho servicio (art. 46).
- b) En su formación se somete al procedimiento de la licitación y de audiencia pública (art. 47).
- c) La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere la ley, a los particulares y comunidades organizadas (art. 1°).
- d) La prestación del servicio busca satisfacer las finalidades sociales del Estado (art. 2°).
- e) La Comisión Nacional de Televisión, en representación del Estado, ejerce la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirige su política, desarrolla y ejecuta los planes y programas del Estado en relación con dicho servicio, lo regula e interviene, gestiona y controla el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación del servicio (art. 4°).
- f) El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (art. 23).
- g) Le corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: 1. Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio y los contratos de concesión de espacios de televisión (art. 5°, lit. e); 2. Asignar a los operadores del servicio de televisión las frecuencias que deban utilizar (art. 5°, lit. f); 3. Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de frecuencias (art. 5°, lit. g)⁽⁴⁸⁾ .
- h) Los derechos, tasas y tarifas deben ser fijados teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la recuperación de los costos del servicio público de televisión y la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios (art. 5°, lit. g).

Con posterioridad, nuestro legislador a través de la Ley 335 de 1996 ***“Por la cual se modifica parcialmente la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia”*** , reafirmó el principio según el cual la prestación del servicio busca satisfacer las finalidades sociales del Estado (art. 22).

Finalmente, la Ley 680 de 2001 ***“Por la cual se reforman las leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de televisión”*** , prevé una serie de normas aplicables al servicio público de televisión, que resultan indispensables en el marco del contrato estatal de concesión de los servicios mencionados.

El punto de partida de la ley está constituido por la reafirmación del principio contenido en el Estatuto General de

Contratación, según el cual en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia, advierte el “**parágrafo 3º**” del “**artículo 2º**” de la citada ley, se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En consonancia con lo anterior, el artículo 6º autorizó a la Comisión Nacional de Televisión, para que revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a su normal prestación.

Para la revisión, modificación y reestructuración de los contratos de concesión, el “**parágrafo**” de la norma en comento, exige que la **Comisión Nacional de Televisión** tenga en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión.

Teniendo en cuenta el marco constitucional y legal que se acaba de describir, para el tribunal es indiscutible, como verdad inconcusa, que el contrato estatal de concesión de servicios de televisión, es un contrato **Sinalagmático**, puesto que existen obligaciones recíprocas entre las partes, concedente y concesionario, sin que le sean aplicables como lo advierte el profesor Argentino Rafael Bielsa ⁽⁴⁹⁾, figuras propias del derecho privado, tales como, la *exceptio non adimpleti contractus* y la acción de rescisión, entendible en la medida en que el servicio público está bajo la titularidad y reserva del Estado y, por lo tanto, no puede suspenderse y, **oneroso** y **conmutativo**, en la medida en que las prestaciones comprendidas en el acuerdo de voluntades, son ciertas, están determinadas y se presumen equivalentes.

En este orden de ideas, el régimen jurídico del contrato de concesión de servicios de televisión, está integrado por:

1. Las disposiciones constitucionales contenidas en la Carta, en particular los principios rectores de la prevalencia del interés público o general (arts. 1º y 2º), el acceso a los bienes públicos en condiciones de igualdad —espectro electromagnético— (art. 75), de la función administrativa (art. 209), y de la finalidad social del Estado y los servicios públicos (art. 365).

2. Las normas especiales de las leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001.

3. Las normas del Estatuto General de Contratación, en todo cuanto no se opongan a la preceptividad de las leyes mencionadas.

V. La relación contractual surgida entre Casa Editorial El Tiempo y la Comisión Nacional de Televisión. Análisis de la oferta, el pliego de condiciones y el contrato 167 de 1998

Es preciso que para abordar el estudio de las obligaciones contractuales se recurra en primer término al análisis de las normas previstas en el pliego de condiciones como reglamento general al cual se sometieron las partes —administración y oferente—; en segundo término a la oferta presentada por la **Casa Editorial El Tiempo**, la cual fue aceptada por la administración (**Comisión Nacional de Televisión**) y, finalmente, a las obligaciones contenidas en el contrato 167 de 1998.

El estudio de estos instrumentos jurídicos, permitirá al Tribunal tener claridad sobre la materia controvertida.

1. **El pliego de condiciones expedido por la Comisión Nacional de Televisión que culminó con la suscripción del contrato de concesión N° 167 de 1998** ⁽⁵⁰⁾.

La **Comisión Nacional de Televisión**, mediante Acta N° 353 del 22 de enero de 1998 ⁽⁵¹⁾, aprobó el pliego de condiciones que culminó con la suscripción del contrato de concesión N° 167 de 1998 ⁽⁵²⁾.

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, el pliego de condiciones estuvo integrado por doce (12) capítulos, denominados de la siguiente manera:

— CAPÍTULO I. “Condiciones generales”

- CAPÍTULO II. “De la licitación”
- CAPÍTULO III. “Condiciones específicas”
- CAPÍTULO IV. “De la programación de las estaciones locales con ánimo de lucro”
- CAPÍTULO V. “Condiciones económicas”
- CAPÍTULO VI. “Condiciones financieras”
- CAPÍTULO VII. “Condiciones de experiencia y estructura estructural”
- CAPÍTULO VIII. “Capacidad técnica y disponibilidad de equipos”
- CAPÍTULO IX. “Exigencias para el diseño técnico”
- CAPÍTULO X. “Plan básico de programación”
- CAPÍTULO XI. “Criterios de calificación y evaluación”
- CAPÍTULO XII. “Anexos y formatos”

Del contenido de estos documentos, el tribunal destaca lo siguiente:

En el **capítulo I**, numeral 1.4, la **Comisión Nacional de Televisión** circunscribió el objeto de la licitación a una invitación pública a personas jurídicas privadas, ***“que reúnan las exigencias que este pliego de condiciones determina”*** a presentar propuesta para el otorgamiento de concesiones, ***“para la explotación de estaciones locales con ánimo de lucro”***.

En el numeral 1.5, se dispuso que el ***“Régimen jurídico aplicable”*** de la licitación pública, así como de la prestación del servicio de televisión, ***“será el contenido en el presente pliego de condiciones, en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, Acuerdo 24 de 1997, Acuerdo 31 de 1997 y la Resolución 23 de 1998”***.

El numeral 1.8.1, dispuso que el período de la concesión ***“será de diez (10) años contados a partir de la fecha de inicio de la operación de la estación local...”***, prorrogables de acuerdo con el numeral 1.8.2., por una sola vez y por el mismo término del contrato original, ***“sin que sea objeto de un nuevo proceso licitatorio o selectivo previo”***.

Sobre las condiciones de la propuesta, el **capítulo III**, numeral 3.1.4, precisó que con la presentación de las propuestas, se entendía que los oferentes aceptaban, de una parte, ***“el presente pliego de condiciones, sus formatos y anexos; por tanto, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de sus apartes”*** y, de otra, ***“la minuta del contrato contenida en el formato N° 2 (anexo N° 2)”***.

También se dispuso, como condición de la propuesta, el acatamiento por parte de los oferentes del artículo 32 de la Ley 182 de 1995, en el sentido que el señor Presidente de la República puede utilizar en cualquier momento los servicios de televisión para dirigirse al país, sin que ello dé lugar a una indemnización a favor del operador del servicio.

En el **capítulo IV**, numeral 4.6, la administración habló de la **comercialización**, definiéndola como el ***“acto por medio del cual los concesionarios introducen anuncios comerciales en los espacios y tiempos definidos por la Comisión Nacional de Televisión a fin de propiciar la financiación de su operación”***.

Dentro de las **condiciones económicas** contenidas en el **capítulo V**, se previó que por la adjudicación de la concesión, ***“El concesionario pagará a la Comisión Nacional de Televisión por el derecho a operar y explotar una (1) estación local con ánimo de lucro, la suma correspondiente al valor de cada una de las concesiones...”***, suma de dinero que para el caso de la ciudad de Bogotá ascendía a ***“US\$ 14.185.209”***.

Según consta en Acta N° 353 de 22 de enero de 1998, para la determinación de este valor, la **comisión** tuvo en

cuenta **“el estudio hecho para establecer el valor de la concesión de los canales nacionales de operación privada y, lo preceptuado por el literal g) del artículo 5º, de la Ley 182 de 1995”** ⁽⁵³⁾.

De acuerdo con el literal a) del numeral 5.1.1., la cifra expresada en dólares debía ser cancelada en pesos colombianos, **“utilizando como cambio la tasa representativa del mercado del 23 de enero de 1998 (\$ 1334.71)”**. Dicha suma de dinero la pagaría el oferente de la siguiente manera:

- “a) Un primer pago, correspondiente al (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato.
- b) Un segundo pago, correspondiente al (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del primer semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- c) Un tercer pago, correspondiente al (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del segundo semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- d) Un cuarto pago, correspondiente al (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del tercer semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- e) Un pago final, correspondiente al (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del cuarto semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato”.**

Adicionalmente, el concesionario se obligó a cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso, intereses que serían liquidados con base en el interés corriente bancario vigente en la fecha del pago. En el evento en que se pague después de las fechas establecidas, se dispuso que el concesionario pague intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley.

Por su parte, el numeral 5.1.2 estipuló que, **“La adjudicación y uso de las frecuencias dará lugar al cobro de las tarifas que fije la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión y serán canceladas por el concesionario”**.

Finalmente, en el numeral 5.1.3 se exigió como **requisito indispensable** que el proponente **“manifieste en la carta de presentación de la oferta (anexo N° 1), su aceptación expresa del régimen tarifario y su compromiso en caso de ser beneficiario de la adjudicación de la concesión, de cancelar en el tiempo aquí previsto las tarifas contempladas en los numerales 5.1.1 y 5.1.2 de este capítulo”**.

Al tratar el tema específico de las **condiciones financieras**, el numeral 3º del **capítulo VI** estableció como **requisito indispensable**, que el proponente, de una parte, presente un plan general de la inversión que proyecta efectuar durante el período comprendido entre la fecha de la adjudicación y el momento en que debe entrar a operar oficialmente la estación local, **“incluyendo en (sic) valor de la concesión”** y, de otra, indique la cuantía de los recursos propios y financieros, tanto de carácter nacional como internacional, con los cuales tiene previsto fondar el plan de inversión inicial.

En el numeral 4º, la **Comisión Nacional de Televisión**, exigió que el proponente hiciera una **proyección de flujo de caja**, proyectado a precios corrientes desde el momento de la adjudicación de la concesión y hasta el término de la misma. Dicho flujo de caja debía ser proyectado en el formato N° 4 del anexo N° 3.

La capacidad financiera se evaluaría teniendo en cuenta los criterios de estabilidad económica, inversión inicial y flujo de caja – Tasa Interna de Retorno (TIR), correspondiéndole un puntaje máximo de mil (1.000) puntos, distribuidos de la siguiente manera:

- a) La **estabilidad económica** con una asignación de doscientos (200) puntos. Su evaluación se sujetaría al análisis de los siguientes factores: 1. Cobertura de la inversión inicial, siendo indispensable que dicha cobertura **“sea como mínimo del ciento por ciento”**; 2. Liquidez y 3. Participación del patrimonio.
- b) La **inversión inicial** con un puntaje máximo de seiscientos (600) puntos.
- c) El **flujo de caja – Tasa Interna de Retorno (TIR)** con una asignación de doscientos (200) puntos. En este

aspecto, el reglamento del contrato exigió que el proponente calcule la Tasa Interna del Proyecto, teniendo en cuenta para ello la proyección del flujo de caja que debía realizar en el formato N° 4 del Anexo N° 3

Así mismo se dispuso que *“Las tasas internas de retorno (TIR) mayores al treinta por ciento (30%) se les asignará el puntaje máximo corresponde (sic) a doscientos (200) puntos y en los demás casos un puntaje proporcional”*.

A la *capacidad técnica y disponibilidad de equipos* de que trata el **capítulo VIII**, se le asignaría un puntaje máximo de mil (1.000) puntos, teniendo en cuenta aspectos como la *capacidad técnica para producción*, *capacidad de distribución* y *disponibilidad de equipos*, este último aspecto con una calificación de cuatrocientos (400) puntos.

Es importante tener en cuenta que en el numeral 9.2.1 del **capítulo IX**, se previó la evolución a nuevas tecnologías, exigiendo que el proponente tenga en cuenta y anexe *“certificaciones de fábrica de evolución de los equipos hacia las nuevas tecnologías”*.

De otra parte, en el **capítulo XI** se dispuso que el no cumplimiento de los requisitos mínimos señalados en el pliego de condiciones, daría lugar al rechazo de la propuesta.

Finalmente, el **capítulo XII** contiene los anexos y formatos exigidos por el pliego, distribuidos así:

Anexo N° 1 – Formato N° 1. ⁽⁵⁴⁾ Corresponde a la carta de presentación de la oferta.

Anexo N° 2 – Formato N° 2. ⁽⁵⁵⁾ Referente a la minuta del contrato.

No obstante que en la minuta del contrato se encuentran contenidas la totalidad de las exigencias previstas en el pliego de condiciones, llama la atención el texto del artículo 20, según el cual la **Comisión Nacional de Televisión** se reserva el derecho de utilizar, en el momento que lo estime conveniente (para transmitir eventos especiales de interés público y social), los espacios que considere necesarios en la estación local, sin lugar a *indemnización alguna*. Este artículo es otro ejemplo del poder de privilegio en que se encuentra la administración respecto de su co-contratante, vale decir, el poder exorbitante con que cuenta el Estado para adoptar decisiones de manera unilateral, sin tener en cuenta los perjuicios que se puedan ocasionar.

En el mismo sentido, el texto del artículo 21 de la minuta obliga al concesionario a ceder al Gobierno Nacional los espacios de su programación, cesión adicional a la que impone la ley cuando quiera que el señor Presidente de la República se dirija al País.

Anexo N° 3 – Formato N° 3. ⁽⁵⁶⁾ Corresponde a un escenario para la elaboración de las proyecciones financieras, teniendo en cuenta las tasas de inflación y devaluación entre 1998 y el año 2007. En este documento se advirtió que el cuadro no corresponde a las metas o supuestos oficiales.

Anexo N° 3 – Formato N° 4. ⁽⁵⁷⁾ Contiene el flujo de caja proyectado durante el período de operación.

Cabe destacar que uno de los componentes del flujo de caja, eran los ingresos por publicidad. A su vez, la TIR del proyecto debía ser calculada sobre el flujo libre operacional.

Anexo N° 4. ⁽⁵⁸⁾ Hace relación al plan de utilización de frecuencias de televisión para canales locales.

Anexo N° 5 – Formato N° 5. ⁽⁵⁹⁾ Referente a las condiciones mínimas que debe tener en cuenta el oferente en la constitución del consorcio.

Revisadas en su conjunto las provisiones más importantes y relevantes del pliego de condiciones que sirvió de fundamento para adelantar el procedimiento culminatorio de la suscripción del contrato de concesión N° 167 de 1998, el Tribunal se ocupa del estudio de la oferta presentada por **Casa Editorial El Tiempo S.A.**

2. De la oferta presentada por la Casa Editorial El Tiempo S.A.

La oferta presentada por **Casa Editorial El Tiempo S.A.** para el otorgamiento de contratos de concesión para la operación y explotación de estaciones locales con ánimo de lucro, se encuentra en el cuaderno de pruebas N° 10.

Para una comprensión de los aspectos relevantes de la oferta, el tribunal abordará, inicialmente, el estudio de la carta de presentación de la oferta, documento en el cual la oferente advierte que **“Los términos y el contenido de esta propuesta han sido formulados con base en el pliego de condiciones, sus formatos y anexos y las normas que regulan la materia, cuyo alcance y contenido declaramos aceptar...”**.

Acto seguido, **Casa Editorial El Tiempo** declara que acepta el régimen tarifario expedido por la **Comisión Nacional de Televisión** y se compromete a pagar las tarifas establecidas **“conforme a lo dispuesto en el pliego de condiciones”**. Esta declaración se reitera en el punto N° 5.1.3 de la oferta.

En el numeral 6.1.1.2, la oferente presenta las proyecciones financieras estimadas de acuerdo a los supuestos incluidos en el cuadro denominado **“datos de entrada a 10 años”**.

Sobre la **información financiera** y concretamente sobre el **plan de inversión y financiamiento**, la convocante anexó un plan de inversión y financiamiento de la etapa inicial o preoperativa, **“que se proyecta efectuar desde el momento de adjudicación hasta poner oficialmente en marcha la estación local en Santafé de Bogotá”**.

Según la oferta, dicho plan sería fondeado con 5.000 millones de recursos propios y 7.012.9 millones de recursos financieros. Así mismo, se acompañó la carta de intención de la Corporación Financiera Nacional y Suramericana S.A., con lo cual se cumplió la condición de demostrar la capacidad de acceso a los créditos con indicación de montos, plazos e intereses.

También se anexó la proyección del flujo de caja (requisito indispensable), con sus correspondientes anexos, flujo que vale la pena advertir se encuentra proyectado desde el momento de la adjudicación de la concesión hasta el término de la misma, el cual incluye **“únicamente los datos relacionados con el proyecto estaciones locales con ánimo de lucro según el formato N° 4 del pliego (anexo N° 3)”**.

Este flujo se proyectó en el Anexo N° 3 y uno de sus componentes eran los ingresos por publicidad. En el mismo documento, **Casa Editorial El Tiempo** fijó en 32% la TIR del **“flujo de caja libre operacional”**.

No sobra advertir que los ingresos por publicidad se relacionaron en el **estado de pérdidas y ganancias** proyectado a 10 años.

La **capacidad financiera**, fue entendida, aceptada y cumplida por la proponente, en los siguientes términos:

1. **Cobertura de la inversión inicial**. Según la oferta, dicha cobertura es del trescientos treinta y nueve por ciento (339 %) y está comprendida por el capital de trabajo neto, el capital de riesgo de la fase preoperativa, los recursos de crédito y las cuentas por pagar a la **Comisión Nacional de Televisión**. De acuerdo con estos indicadores, el proponente estimó los recursos para el proyecto en una suma de 91.859.1 millones de pesos.

2. **Liquidez**. El índice de liquidez propuesto ascendió a 2.1, superior al 1.5 determinado en el pliego, teniendo en cuenta para ello el activo y el pasivo corriente a diciembre de 1997.

3. **Participación en el patrimonio**. Dicha participación es del 0.8, superior al 0.3 establecido en el pliego.

4. Finalmente, **Casa Editorial El Tiempo** manifestó que la tasa interna de retorno era del 32 %, calculada con el flujo de caja libre operacional, de conformidad con el numeral 8° del formato N° 4 del anexo N° 3.

Los supuestos utilizados en esta proyección, están contenidos en los cuadros denominados **datos de entrada a 10 años** y **flujo de cajaprojectado a diez años** y sus anexos.

En el **capítulo VIII del volumen III** de la propuesta, se habló de la capacidad técnica de producción y el recurso humano técnico necesario con que cuenta el proponente, haciendo énfasis en los contratos de asesoría suscritos con **RTI S.A. y Televideo S.A.**

Estudiada en su conjunto la oferta que presentó la **Casa Editorial El Tiempo S.A.**, dentro del procedimiento de licitación pública N° 2 de 1998, el tribunal continúa con la revisión del contenido del contrato estatal de concesión N° 167 de 1998, acto jurídico creador de obligaciones para las partes.

3. El contrato de concesión N° 167 de 1998 ⁽⁶⁰⁾

En virtud de este acto jurídico el concesionario se obligó a operar y explotar por el sistema de concesión **“una (1) estación local con ánimo de lucro en Santafé de Bogotá, D.C., de conformidad con el pliego de condiciones de la Licitación N° 2 de 1998 y la propuesta presentada por el concesionario, los cuales forman parte integral del presente contrato”**.

En la parte final de la **cláusula primera**, se advirtió que el servicio que presta el concesionario quedaba sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la **comisión**.

En la **cláusula tercera** se establecieron los fines del servicio de televisión, entre los cuales el tribunal destaca la satisfacción de las finalidades sociales del Estado y el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales, fines que deben cumplirse con arreglo, entre otros, a los principios de **“igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión”** y respeto a los derechos reconocidos por la Constitución Política.

De acuerdo con esta **cláusula**, **“el concesionario, observará estrictamente dichos fines y principios, las normas contenidas en la Ley 182 de 1995 y la Ley 335 de 1996, y las demás disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias concordantes con la materia”**.

La **cláusula cuarta** dispuso que el período de la concesión es de diez (10) años contados a partir de la fecha de inicio de la operación, prorrogable por una sola vez y por el mismo término del contrato original.

Para todos los efectos, la **cláusula sexta** determinó el valor de la concesión en la suma de **“dieciocho mil novecientos treinta y tres millones ciento cuarenta mil trescientos cuatro pesos (\$ 18.933.140.304) m/cte.”**

De conformidad con la **cláusula séptima**, el valor de la concesión debía ser pagado en forma diferida en un término de dos años, así:

“a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato”.

“b) Un segundo pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del primer semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato”.

“c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del segundo (2º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato”.

“d) Un cuarto pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del tercer (3º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato”.

“e) Un pago final, correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del cuarto (4º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato”.

Adicionalmente, el concesionario se obligó a cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso, los cuales serían liquidados de acuerdo con el interés corriente bancario vigente en la fecha del pago. Después de esta fecha se causarían intereses de mora.

De acuerdo con la **cláusula octava**, el concesionario se comprometió a pagar las tarifas que fije la **comisión** por el uso de las frecuencias asignadas a la estación local. Dichas tarifas se reajustarían anualmente a partir del 1º de enero de cada año.

Según la **cláusula décima primera**, **“Este contrato de concesión es intransferible total o parcialmente por parte**

del concesionario y por lo tanto obliga a la explotación directa de la estación local con ánimo de lucro por parte del concesionario”.

Líneas adelante, la **cláusula décima tercera** exigió que la operación y explotación del servicio público de televisión cumpla con las condiciones financieras determinadas en el pliego de condiciones.

En la **cláusula décima cuarta**, el concesionario asumió, entre otras obligaciones, la de pagar el valor de la concesión, las tarifas, tasas, derechos y contribuciones previstos en el pliego, así como observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2º de la Ley 182 de 1995 y 22 de la Ley 335 de 1996.

Por su parte, la **comisión** se obligó a autorizar la operación y explotación del espectro *radioeléctrico* , así como adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control **“para una adecuada prestación del servicio público de televisión”** e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 y demás normas concordantes.

El acceso del señor Presidente de la República a la estación local quedó previsto en la **cláusula décima novena**. Como se dijo antes, este tipo de disposiciones constituyen un ejemplo más del poder exorbitante con que cuenta la administración, diferente al poder especial que de ordinario tiene la administración en la relación contractual.

En la **cláusula vigésima**, la **comisión** se reservó el derecho de utilizar de manera extraordinaria los espacios de televisión, sin lugar a indemnización alguna. Así mismo, el contrato le impuso al concesionario la obligación de ceder al Gobierno Nacional los espacios de su programación.

Por otro lado, las partes pactaron las cláusulas exorbitantes de terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato. Adicionalmente, se pactaron las cláusulas de caducidad, penal pecuniaria y de multas.

De la revisión y análisis de los aspectos relevantes del pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario y el contrato propiamente dicho, el tribunal llega a las siguientes conclusiones:

1. La **Comisión Nacional de Televisión**, en procura de prestar un servicio público cuya titularidad está en cabeza del Estado, invitó a las personas jurídicas privadas que estuvieren interesadas y que cumplieran con las condiciones por ella impuestas, a presentar ofertas con el propósito de otorgarles, mediante el sistema de concesión, la explotación de estaciones locales con ánimo de lucro.

2. Para determinar el valor que el futuro co-contratante tendría que pagar por la concesión, la **convocada** tuvo en cuenta, además de los estudios realizados para establecer el valor de la concesión de los canales nacionales, lo preceptuado en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 ⁽⁶¹⁾ , vale decir, teniendo en cuenta la recuperación de los costos del servicio público de televisión, así como la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios.

Como cuestión adicional sobre este punto; los estudios y las discusiones que se dieron en el seno de la **Comisión Nacional de Televisión** para determinar el valor de la concesión, le permitieron a la procuraduría delegada para la contratación estatal, al momento de estudiar disciplinariamente la conducta de los señores comisionados de televisión, llegar a la conclusión que dicha determinación no obedeció a un capricho o arbitrariedad de la entidad demandada, sino al **“fruto de una amplia y prolongada discusión del tema, de profundos análisis y amplias deliberaciones sustentadas en los estudios empleados para la fijación de tarifas para la televisión nacional de operación privada ...”** .

3. Atendiendo a la invitación pública y teniendo en cuenta la información que suministró la **comisión**, la **Casa Editorial El Tiempo** presentó su oferta, proponiendo una Tasa Interna de Retorno (TIR) del 32 %, calculada a partir de la proyección del flujo de caja contenido en el anexo 3 - formato 4 del pliego de condiciones. Cabe destacar que uno de los componentes del flujo de caja eran los ingresos por publicidad.

4. La **Comisión Nacional de Televisión** aceptó sin ninguna restricción la oferta de la demandante, oferta que, dicho sea de paso, se estructuró teniendo en cuenta la recuperación de los costos y una participación razonable en

los beneficios que la misma le proporcionaba, garantías que, como se dijo antes, sirvieron de fundamento a la **comisión** para aprobar el pliego de condiciones reglamento del contrato.

Esta conclusión no admite discusión: En efecto, si el Estado logra con el concurso de un particular colaborador de la administración, asegurar la prestación efectiva de un servicio público, lo hace mediante las prestaciones y proyecciones económico - financieras que ha comprometido en la concesión y, recíprocamente, si el concesionario presta el servicio, lo hace con el propósito de obtener aquellas prestaciones y ventajas económicas ⁽⁶²⁾. En otras palabras, si el concesionario colaborador de la administración opera y explota un canal de operación privada, lo hace sobre la base de obtener el pago de un valor equivalente, remuneración que no solo constituye un beneficio para él, sino también para la comunidad en general, puesto que se está garantizado una continuada y regular prestación del servicio público de televisión ⁽⁶³⁾.

A la misma conclusión arriban los laudos arbitrales de **RCN** y **Caracol Televisión** ⁽⁶⁴⁾, cuando afirman: *“Es así como el Estado con la finalidad de obtener la colaboración de los particulares con el fin de atender las prestaciones de servicios públicos en lo cual dichos particulares colaboran, lo hace a base de garantizarles por aplicación de la ley el provecho económico que se tuvo en cuenta por las partes ab initio del contrato o a la aprobación de la propuesta, o sea reconociendo la retribución de los costos y la existencia del margen de remuneración que implica la ejecución del contrato, conservando el valor intrínseco de las contraprestaciones, de manera de asegurar la retribución remuneratoria prevista por el contratista, particular colaborador de la administración”*.

Precisamente, la continuidad del servicio público depende de la recuperación de los costos y la obtención de una participación razonable en los beneficios que la operación del servicio supone ⁽⁶⁵⁾.

No se podría entender de otra manera, como lo ha dicho el Consejo de Estado ⁽⁶⁶⁾, que la razón final de nuestro ordenamiento jurídico político sea asegurar a los integrantes de la Nación, la convivencia, la justicia, la libertad y la paz como lo prescribe de entrada el preámbulo de la Constitución Política; ni que entre los fines esenciales del Estado se cuente el de garantizar los derechos que el catálogo constitucional consagra; o que la razón de la existencia de las autoridades y de las instituciones estatales sea, entre otras, la de proteger los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia, entre los cuales hay que subrayar la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título.

No se puede perder de vista, como lo advierte el profesor Bielsa ⁽⁶⁷⁾, que el concesionario no tiene más interés jurídico protegido que su patrimonio. En este sentido, si el contrato de concesión tiene un contenido patrimonial, *la cuestión siempre se resuelve en la intangibilidad del patrimonio*. Tan claro es esto que la Constitución no protege la intangibilidad de los pactos sino la incolumidad del patrimonio en sentido general ⁽⁶⁸⁾.

5. El valor de la concesión ascendió a la suma de dieciocho mil novecientos treinta y tres millones ciento cuarenta mil trescientos cuatro pesos (\$ 18.933.140.304), importe que, valga la pena recordar, fue pagado por la **Casa Editorial El Tiempo** en el período comprendido entre el 19 de junio y el 6 de noviembre de 1998. No sobra advertir que la concesionaria también le pagó a la **comisión** la suma de dos mil doscientos cuarenta y nueve millones ciento veintidós mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos (\$ 2.249.122.485), por concepto de intereses durante el mismo período (jun. 19 - nov. 6/98).

6. Con la suscripción del contrato y el pago de la concesión, el concesionario se obligó a operar y a explotar una estación local con ánimo de lucro, bajo la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la **Comision Nacional de Televisión**.

7. El contrato suscrito por las partes es intransferible, lo cual obliga a **Casa Editorial El Tiempo** a explotar directamente y por todo el tiempo que dure la concesión (10 años), la estación local de televisión. En el mismo sentido, no podrá subcontratar ni en todo ni en parte la prestación del servicio.

De las conclusiones a las que llegó el tribunal después de estudiar los documentos contractuales, se relievra una sola verdad: El contrato de concesión N° 167 de 1998, es un contrato conmutativo caracterizado por la reciprocidad de las prestaciones contenidas en su texto, prestaciones que, por lo demás, son ciertas y de

apreciación inmediata.

VI. El equilibrio económico en los contratos de las entidades estatales

El principio de la preservación del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo o estatal obedece al hecho de que al momento de celebrarse un contrato estatal, se configura una ecuación cuyos factores esenciales son los derechos y obligaciones que se desprenden para las dos partes y la distribución de riesgos pactada o establecida por la ley. Con base en dicha ecuación los contratantes definen sus expectativas de beneficio, concepto que las más de las veces coincide con el de lucro, pero que no se restringe exclusivamente a este; beneficio que puede calcularse inclusive en aquellos contratos sin una cuantía predeterminada. Es así como se estructura un equilibrio entre las cargas y beneficios que corresponden a cada una de las partes.

Sin embargo, las expectativas de los co-contratantes pueden no cumplirse por el acaecimiento de hechos que alteran ese beneficio, con lo cual se rompe el equilibrio del contrato. En efecto, durante la ejecución del contrato, el equilibrio de la ecuación financiera puede afectarse o romperse por causas que derivan de riesgos anormales de diferente naturaleza, tanto en su origen como en su carácter, todos ellos distinguidos por el rasgo común de emanar de situaciones imprevisibles al momento de celebrar el contrato. Es decir, las causas se identifican con riesgos anormales, siendo las más aceptadas y reconocidas por la ley y, particularmente, la jurisprudencia: el hecho del príncipe, los hechos de la administración, la fuerza mayor, el caso fortuito, las situaciones imprevistas materiales o teoría de la imprevisión ⁽⁶⁹⁾ .

En relación con este aspecto, el Consejo de Estado ha señalado que el rompimiento del equilibrio económico que debe ser restablecido puede provenir de causas atribuibles a la administración (incumplimiento contractual o modificación unilateral de las condiciones); o por el ejercicio de las funciones estatales (hecho del príncipe); o, finalmente, por factores ajenos y extraños al contrato ⁽⁷⁰⁾ .

Ante tales circunstancias, se reconoce, de tiempo atrás, el derecho del contratista afectado de alcanzar de nuevo la equidad en las cargas contractuales.

Así, el Consejo de Estado expresó que ***“precisamente para mantener el equilibrio económico de contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos (...)”*** ⁽⁷¹⁾ , camino que también ha seguido de tiempo atrás el ordenamiento jurídico colombiano.

Como antecedentes del restablecimiento del equilibrio económico en el régimen legal de la contratación administrativa, pueden citarse, entre otros, las leyes 4ª de 1964 y 6ª de 1966, que establecían la posibilidad de reconocer el reajuste de precios. El artículo 11 de la primera, disponía que en los contratos de obra sometidos al riesgo de la variación de factores se pactarían ***“revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes”*** . Respecto de las facultades exorbitantes contempladas en el Decreto 150 de 1976, la jurisprudencia también señaló que el contratista permanecería protegido frente al eventual advenimiento de una excesiva onerosidad sobreviniente. En tanto el Decreto-Ley 222 contenía algunas disposiciones como el artículo 83, sobre revisión de precios, y otros elementos de los que se valió la jurisprudencia para reconocer el derecho al mantenimiento del equilibrio económico.

La Ley 80 de 1993, con fundamento en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales ⁽⁷²⁾ , reiteró y complementó el régimen del principio de equilibrio financiero en varias disposiciones que consagró al efecto, en especial el artículo 3º, sobre los fines de la contratación estatal; el artículo 4º que versa sobre los derechos y deberes de las entidades estatales; el artículo 5º que consagra los derechos y deberes de los contratistas; el artículo 26 relativo al principio de responsabilidad; el artículo 27 sobre la ecuación contractual y el artículo 28 que se refiere a la interpretación de las reglas contractuales.

Como puede verse, la conservación de la relación económica surgida del contrato, ha sido una preocupación constante del legislador, y particularmente, del juez contencioso-administrativo.

VII. La distribución de riesgos como factor de la ecuación económica del contrato

Las providencias contencioso-administrativas han establecido limitaciones, reservas y condicionamientos para la aplicación de esta regla, con el propósito de que con ella no se desnaturalice la estructura económica del negocio, de manera que se conserven los factores financieros y los riesgos técnicos y económicos válidamente asumidos por los contratantes. Con esas claras exigencias se busca que, so pretexto de restablecer el equilibrio supuestamente roto, no termine erigiéndose una ecuación económica distinta a la que las partes contemplaron, estructuraron y acordaron.

El principio del restablecimiento del equilibrio económico no puede ser contemplado en forma absoluta, pues depende de diversos factores dentro de los cuales tiene especial preponderancia la distribución de los riesgos que hayan convenido las partes, precisamente, aprovechando la correspondiente figura contractual o que, en subsidio, determine la ley.

A este respecto, el Tribunal de Arbitramento que resolvió las diferencias surgidas entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y la Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S.A. de C.V. - ICA, expresó: ***“No debe perderse de vista, sin embargo, que todo contrato conlleva una distribución de riesgos entre las partes, las cuales suelen preverlos de conformidad con lo que es usual y ordinario y según su particular experiencia en el negocio de que se trate. Esos riesgos los asumen los contratantes dentro del ámbito de libre estipulación que les ofrece el postulado de la autonomía de la voluntad. Por tanto, esos riesgos calculados, o que al menos han debido serlo, entran a formar parte de la ecuación financiera del contrato, esto es, de la ponderación que se hace, al momento de formarse el negocio jurídico, entre derechos, obligaciones y riesgos de cada uno de los contratantes. Esto significa que el contratista siempre tendrá a su cargo esos riesgos asumidos, de manera que el principio que aquí analizamos, de preservación del equilibrio financiero del contrato, no puede relevarlo o exonerarlo de las consecuencias derivadas de la cristalización de esos riesgos aceptados, pues de otra manera la ecuación se rompería en detrimento de la entidad pública. Por ende, el principio aludido no ha de interpretarse en el sentido de que el contratista no asume riesgo alguno por la variación de las circunstancias imperantes al momento de la celebración del contrato”*** ⁽⁷³⁾. (resaltado fuera de texto).

Es así como se reconoce la validez de las estipulaciones en las que el contratista acepta determinados riesgos normales o inherentes a su actividad profesional, los cuales puede anticipar o evaluar dada su idoneidad técnica y experiencia operativa, tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

“La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente lo es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes” ⁽⁷⁴⁾. (resaltado fuera de texto).

Por tanto, de conformidad con el postulado de la equivalencia económica del contrato administrativo y la reciprocidad de sus prestaciones, el derecho administrativo tiene establecido que de los distintos riesgos que pueden afectar la ejecución contractual, a los cuales se hizo referencia atrás, corresponde al contratista asumir los denominados ***“riesgos empresariales”*** o riesgos normales, propios de la actividad del contratista e inherentes a ella, al paso que son necesariamente de cargo de la administración los llamados ***“riesgos externos”*** ⁽⁷⁵⁾. Este régimen de distribución de riesgos desemboca en el postulado del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando quiera que la ecuación financiera del mismo existente en el momento de su celebración se rompa posteriormente como consecuencia, entre otras cosas, del acaecimiento de los referidos riesgos externos, siempre que tengan el carácter de extraordinarios.

Este esquema de distribución de riesgos en el contrato estatal se deriva, a su vez, de varios principios, a saber:

— El principio de la garantía del patrimonio económico, consistente en el derecho que le asiste al contratista,

como colaborador de la administración pública en el cumplimiento de sus fines de interés público y en la prestación de los servicios públicos, a que su patrimonio no resulte menoscabado como consecuencia de un riesgo que no está obligado a soportar, independientemente de que el perjuicio se derive de una conducta lícita o ilícita de la administración, o de la concurrencia de circunstancias ajenas e imprevisibles. Al respecto, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, señala que las entidades buscan mediante la contratación **“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”** .

— El principio de la reciprocidad de las prestaciones ⁽⁷⁶⁾ y de la buena fe, como consecuencia de los cuales el contratista tiene derecho a que se le reconozca el precio cierto o la intangibilidad de la remuneración estipulada, derecho expresamente reconocido en el artículo 5° del Estatuto de Contratación Estatal, que precisa que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se modifique durante la vigencia del contrato. Esto lleva de suyo que el contratista tiene derecho a recibir, siempre que no medie incumplimiento culposo de su parte, la remuneración que, desde la perspectiva del momento de la celebración del contrato, habría tenido derecho a percibir, independientemente de que por circunstancias posteriores ajenas a él se incrementen sus costos o se disminuya la utilidad que razonablemente había previsto percibir de la debida ejecución del contrato.

Es así como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 consagra expresamente el referido principio del equilibrio económico del contrato y el consecuente restablecimiento al disponer que **“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”** ⁽⁷⁷⁾ .

Con base en los anteriores principios y reglas de la contratación estatal, se reitera entonces que las cargas anormales, extraordinarias e imprevistas, sobrevinientes durante la ejecución del contrato, recaen sobre el patrimonio del Estado, debiendo este en consecuencia resarcir al contratista mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La distribución de riesgos entre los co-contratantes debe, en todo caso, tener en consideración el principio de la transparencia en la contratación estatal, que implica para la administración la obligación de seleccionar objetivamente al contratista y garantizar el derecho a la igualdad entre los competidores ⁽⁷⁸⁾ . El artículo 24 de la Ley 80 dispone, en el ordinal 5°, literal e) lo siguiente: **“En los pliegos de condiciones o términos de referencia... se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, (...). Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”** .

Para todos estos efectos es importante tener en consideración los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón v. Invías, en el cual se precisó:

“(…) en el ámbito de la contratación pública, quien concibe, diseña y especifica el negocio jurídico a celebrarse es la entidad contratante; así lo hace en los pliegos de condiciones o términos de referencia o invitación a contratar, y allí debe contenerse la distribución especial de los riesgos previsibles, según la naturaleza del contrato, el alcance y contenido de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, las condiciones —fácticas, económicas, sociales, políticas y jurídicas— vigentes al momento en que formula la invitación, las condiciones materiales en que habrá de desarrollarse el contrato, la experiencia requerida del contratista para la ejecución de las labores que constituyen su objeto, y en fin las circunstancias que razonablemente puedan prever las partes, según su conocimiento y experiencia, incidentes en la ejecución del contrato, tanto en términos de ventajas y beneficios como en la eventual generación de efectos nocivos para ellas.

“Resultan determinantes en la asignación de riesgos en el contrato de concesión, las condiciones sociales, políticas y económicas del país al momento de confeccionarse de una parte la invitación a celebrar el contrato y de otra el ofrecimiento para su ejecución.

0 ***“La regla natural que debe regir la tarea de asignación de riesgos en todo contrato, tarea de singular importancia en materia de proyectos de concesión, debe partir de la consideración de que será necesario, para el logro de los beneficios y ventajas perseguidas por ambas partes al celebrarlo, que el proyecto resulte autofinanciable. De esta manera, el riesgo debe asignarse y asumirse por quien lo conoce, sabe manejarlo, puede evitar o solucionar sus efectos, y cuenta con la capacidad jurídica y económica para controlarlo”*** (resaltado fuera de texto).

Así, hace suyos este tribunal los siguientes análisis hechos por el citado laudo en relación con la determinación de los riesgos y a cargo de quién se encuentran estos. Al respecto anotó el mencionado laudo: ***“en este punto, acoge el Tribunal la doctrina que sobre la materia en estudio se ha pronunciado en el intento de delimitar —dentro de los linderos legales— la expresión “por cuenta y riesgo”*** que acompaña la definición del contrato estatal de concesión. En la misma obra antes citada ⁽⁷⁹⁾, se reseña la intervención del Dr. **Hugo Palacios Mejía**, conocido tratadista de derecho público económico, que sobre el tema en cuestión, manifestó:

“El riesgo en el contrato de concesión

“Una de las pocas oportunidades en que la Ley 80 de 1993 alude al problema del reparto de riesgos en los contratos es al referirse al de concesión; en el artículo 32, numeral 4º, señala que este es por “cuenta y riesgo del concesionario”.

“(…) Vale la pena resaltar que la ley 80 no distingue entre el riesgo comercial y otros riesgos cuando habla del contrato de concesión; dice simplemente que el contrato se hace por cuenta y riesgo del concesionario. Ello, naturalmente, debe tener consecuencias, pero estas deben encontrarse a la luz de la interpretación sistemática de todas las normas que regulan la acción y la contratación de los entes estatales.

“Es obvio, por lo tanto, que la expresión no implica que el concesionario deba correr los riesgos del incumplimiento oficial, ni con las cargas resultantes de los actos administrativos unilaterales del contratante. De la misma manera, a la luz de la ley 80, parece que todos los contratistas e inclusive los concesionarios, tienen dentro de los límites expuestos, derecho a una protección contra la inflación. En estos casos, como expliqué, hay reglas especiales y de aplicación preferente.

“Como he subrayado, corresponde a las autoridades prever los riesgos y los mecanismos de restablecimiento; creo que puede sostenerse que por virtud de la expresión en comento, en las concesiones este deber se comparte entre aquellas y el concesionario. No puede este limitarse a cumplir el deber de buena fe, anotado arriba, de informar sobre los riesgos de los que tenga conocimiento especial, sino que debe desplegar una diligencia mayor para identificarlos y para acordar remedios. De este modo, la consecuencia más inmediata de la expresión según la cual el contrato es por cuenta y riesgo del concesionario, extiende a este los deberes especiales de previsión, que usualmente corresponden a la entidad estatal.

“Además, la expresión por cuenta y riesgo del concesionario, limita sin duda, la posibilidad de negociación de riesgos entre las partes, pero no la elimina (L. 80/93, arts. 13 y 40).

“Dentro de estos criterios, la expresión por cuenta y riesgo del concesionario implica que ciertos hechos que otro contratista podría calificar como ruptura del equilibrio económico y que le darían derecho a un restablecimiento pleno, no producirían los mismos efectos para el concesionario. Las dudas deberían interpretarse contra él. (…)

“Pero, aún así, la doctrina francesa acepta, y sería admisible en Colombia, que aparte de los casos arriba anotados (incumplimiento, uso de facultades estatales excepcionales, inflación), podrían haber circunstancias que, a pesar de los esfuerzos del concesionario, no fueron previstas o no pudieron resolverse por los medios acordados. Tales circunstancias serán entonces no solo ruptura sino desquiciamiento del contrato y darían lugar a una reparación.

“Aún en estos eventos, en los que el concesionario tendría derecho a un restablecimiento, este no sería pleno; la jurisprudencia generalmente lo reduce para obligar al concesionario a asumir parte del alea que se convirtió en siniestro.

“En síntesis: La expresión “por cuenta y riesgo del concesionario” obliga a considerar en forma más estricta

no solo los hechos que puedan dar lugar a una ruptura del equilibrio, sino también la imputabilidad del contratista, y el monto de la reparación a la que tiene derecho. La ruptura tendría que ser un verdadero desquiciamiento del contrato” (resaltado fuera de texto).

Concluye el citado laudo señalando que “(...) ***la distribución de los riesgos en el contrato estatal de concesión no obedece a criterio distinto de aquel que gobierna los contratos estatales en general. Es por ello, que en el contrato de concesión, al igual que en todos los de su género, no podrán trasladarse al concesionario aquellos riesgos que este no está obligado a prever como un alea suya, y por lo mismo, no tendrá por qué padecer los efectos que su realización pudiera producir sobre sus expectativas de ganancia o utilidad involucradas en la remuneración pactada, como se explicó en aparte anterior en este laudo***” (resaltado fuera de texto).

Por tanto, podría afirmarse que en los contratos de concesión, la expresión “***por cuenta y riesgo del concesionario***” determina la asunción de riesgos de empresa, normales. Así, la entidad contratante, al elaborar los pliegos, al definir el esquema financiero del proyecto, compromete en forma importante su responsabilidad, toda vez que del cuidadoso análisis de riesgos que realice el contratista con base en tales presupuestos, dependerá que su inversión encuentre en la operación, el retorno esperado, y, como contrapartida, que la prestación del servicio satisfaga las necesidades que demandaron tal contratación. Claro está que, si se brindaron los suficientes elementos de juicio por parte de la Administración y el contratista no adelantó los análisis que podrían esperarse de un buen hombre de negocios, las mayores cargas estarían del lado del contratista por su negligencia, y por tanto no podría pretenderse que los riesgos, inclusive los que en ciertas circunstancias podrían calificarse de imprevisibles o extraordinarios fueran trasladados a la Administración, porque no se sabría a ciencia cierta qué márgenes de imprevisión deberían manejarse; por lo cual, cualquier pérdida debería ser asumida por aquel, pues no habría causa justa que le permitiera reclamar.

VIII. Diferencias entre la excesiva onerosidad y la fuerza mayor

Por otra parte, la jurisprudencia ⁽⁸⁰⁾ y la doctrina ⁽⁸¹⁾ han señalado que el contratista de la administración que pretende pedir la revisión del contrato —porque circunstancias sobrevinientes e imprevistas están haciendo seriamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo, hasta el punto de producir el rompimiento de la ecuación financiera del contrato— debe estar cumpliendo, en principio, lo de su cargo, porque las circunstancias anotadas, que hacen posible esa revisión y el restablecimiento del equilibrio del contrato, son aquellas que, por regla general, hacen más gravosa su ejecución y no las que la hacen imposible. Si así lo fuera, la revisión por causas imprevistas se confundiría con la fuerza mayor, lo que no es de recibo.

Ello distingue la teoría de la imprevisión y su consecuencia revisora de los términos del contrato, de la fuerza mayor como causal exculpativa de la obligación de cumplir que tiene la parte que la alega y que da lugar, ordinariamente, a la terminación del contrato o al establecimiento de condiciones diferentes. Los efectos nocivos generados por hechos imprevistos o imprevisibles sobrevinientes, no han de ser soportados por el contratista que, sin su culpa, se vio abocado a ellos, pero continúa esforzándose en la debida ejecución del contrato. Bajo la hipótesis de la imprevisión, la administración debe adoptar las medidas necesarias para restablecer la ecuación financiera del contrato.

Por tanto, si durante la celebración de un contrato que impone cargas recíprocas a cada una de las partes, se presentan circunstancias imprevistas, ajenas por completo a la voluntad de cualquiera de los co-contratantes, que conducen a incrementar sustancialmente el costo que habían calculado tanto la administración como el particular al momento de la celebración del contrato, constituyéndose tal incremento no en una imposibilidad eximente de ejecución del contrato sino en una carga notablemente onerosa para el contratista, resulta claro que la ley y la jurisprudencia contemplan la imperiosa necesidad de protegerlo ante semejante desequilibrio. Debe entonces preguntarse el Tribunal de qué manera han previsto, la ley y la jurisprudencia, la solución que debe dar la administración al contratista que soporta tales cargas.

IX. Límites al restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Ante todo debe tenerse en cuenta que el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico, como se mencionó atrás, no puede trocarse en un mecanismo para enmendar los errores de estructuración del negocio, ni

para mejorar su rentabilidad. Nótese sobre este particular las siguientes afirmaciones:

“Sin embargo, también debe decir el tribunal, que esta noción (refiriéndose al equilibrio económico de los contratos) no constituye ni puede llegar a serlo, un seguro del contratista contra cualquier déficit eventual de la explotación o ejecución del contrato. Entran en juego necesariamente los conceptos del alea normal y del alea anormal del contrato mismo”.

“Así mismo, no puede utilizarse la teoría del equilibrio económico de los contratos para enmendar o suplir las deficiencias económicas en que hubiese podido incurrir el contratista al proponer en la licitación o al convenir los precios de los diferentes ítems, esto es, no es un mecanismo apto jurídicamente para modificar en su favor el alea que consciente y voluntariamente haya querido correr el proponente en su oferta para posicionarse ventajosamente en la evaluación de las propuestas. No es la teoría del equilibrio financiero un principio jurídico que permita mejorar precios libremente calculados, determinados, ofrecidos y pactados en el contrato”.

“El tema de las fluctuaciones de los valores de las monedas es de normal y previsible ocurrencia. Por ello escapa a la teoría de la Imprevisión. Ni el equilibrio y estabilidad del contrato se podían basar en hechos y circunstancias mutables y fluctuantes por su esencia como es el valor comparativo de una moneda frente a otra” ⁽⁸²⁾ (resaltado fuera de texto).

En el mismo orden de ideas, los antecedentes jurisprudenciales muestran que la regla de la preservación de la ecuación económica plasmada en el contrato no es una garantía de que el contratista obtendrá utilidades o no incurrirá en pérdidas, cuando ello obedece a su incuria, desidia o falta de diligencia durante la etapa de estructuración y perfeccionamiento del negocio, o durante su fase de ejecución.

Para ilustrar estos planteamientos es del caso traer a colación el siguiente aparte de una providencia arbitral:

“Es necesario precisar que el equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada del negocio contractual, en el sentido de constituir una especie de seguro al concesionario o del contratista, contra los déficits eventuales de la explotación o ejecución del negocio” ⁽⁸³⁾ (resaltado fuera de texto).

Y tratándose, en particular, de la aplicación de la teoría de la imprevisión, las providencias del contencioso administrativo se muestran exigentes, toda vez que requieren para ello que se trate del acaecimiento de circunstancias sobrevinientes, es decir, no imperantes al momento del perfeccionamiento del contrato y verdaderamente imprevistas e imprevisibles para un contratista idóneo, experto y diligente, que no haya asumido el riesgo de su ocurrencia, ni se haya obligado temeraria o inconsultamente. Como lo afirma el profesor García de Enterría, debe tratarse de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que hayan dado lugar a una verdadera subversión de la economía del contrato ⁽⁸⁴⁾ .

Las siguientes transcripciones son ejemplo fehaciente de esas posturas jurisprudenciales:

“... no puede hablarse de imprevisión cuando el acontecimiento del cual depende la excesiva onerosidad entra dentro del alea normal del contrato” ⁽⁸⁵⁾ .

“(...) no se trata... de que con la teoría (refiriéndose al equilibrio económico) se establezca un seguro que proteja de todas las contingencias y pérdidas que puedan sufrir quienes contratan con la administración; es solo una razonable y equitativa compensación para el contratista cuando los cambios en los hechos económicos hacen más gravosa su situación” ⁽⁸⁶⁾ .

“Lo procedente deja ver que, por ejemplo, un aumento en los precios tenido en cuenta dentro del contrato, ocurrido con posterioridad a la firma de este, no podrá invocarse como apoyo de la pretensión indemnizatoria basada en la imprevisión, si dicho aumento es consecuencia de un proceso inflacionario desatado con anterioridad y que mostraba una tendencia fácilmente detectable” ⁽⁸⁷⁾ .

“(...) la eventualidad ocurrió por culpa del contratista quien otorgó excesivas condiciones económicas para conseguir la adjudicación del contrato. Esta realidad lleva a concluir que el contratista obró con imprevisión y negligencia, y es a él, a quien corresponde soportar los efectos nocivos de la conducta riesgosa que asumió”.

“(…) la Sala advierte que la jurisprudencia administrativa debe ser especialmente cuidadosa en la aplicación de la teoría de la imprevisión. No es admisible su aplicación a casos como el presente, en el cual los contratistas proponen precios excesivamente inferiores frente a los de la competencia, con el objetivo de tener éxito en el proceso licitatorio, para luego pedir su reajuste con el argumento de las crisis en las cuales frecuentemente se debate la economía del país.

“Adicionalmente es preciso recordar que en la contratación prevalece el principio de la buena fe, que conduce al entendimiento de la lealtad interpartes, que administrativamente se extiende a otros licitantes y que nadie puede alegar su propia torpeza ni su malicia en provecho propio” ⁽⁸⁸⁾ (resaltado fuera de texto).

Para la doctrina, en el derecho comparado, es procedente la aplicación de la Teoría de la Imprevisión cuando el hecho o acto determinante del deterioro de la ecuación financiera del contrato responda a un alea **“económica”** y no a un alea **“administrativa”**, a condición de que el acontecimiento perturbador sea extraño a la voluntad de las partes, produzca efectos transitorios y sea razonablemente imprevisible. Así mismo, el quebrantamiento de la ecuación económica del contrato ha de ser consecuencia del hecho determinante del alea **“económica”** y el deterioro ocasionado debe superar el alea **“normal”**, constituyendo un alea **“anormal”** o **“extraordinaria”**, en el sentido de que excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato ⁽⁸⁹⁾.

La doctrina establece, igualmente, las limitaciones a que antes se ha hecho referencia, dado que ***“la teoría de la imprevisión no tiene por objeto cubrir los quebrantos que resulten de la mala administración que efectúe el contratante, ni los que sean consecuencia de hechos imputables al mismo”*** ⁽⁹⁰⁾. Esa mala administración puede referirse a una inadecuada gestión del contrato o de la empresa del contratista.

X. El restablecimiento del equilibrio económico presupone por regla general un contrato conmutativo y, por ende, la reciprocidad de las prestaciones

De otra parte, para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico, debe tratarse de contratos conmutativos ⁽⁹¹⁾, por oposición a los de carácter aleatorio, tal como lo ha expresado, en forma reiterada, la jurisprudencia ⁽⁹²⁾. Sobre el particular, el tribunal considera pertinentes las consideraciones expuestas por la H. Corte Constitucional, según las cuales:

“...el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas (en lo que hace a los principios de contratación) que sobre la materia aparecen desarrolladas en los códigos Civil y de Comercio, a los cuales remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el derecho administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

(...).

“Tal como quedó brevemente esbozado en el acápite anterior, el principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa. Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado. No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones,

lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.

“Por otra parte, en el marco de los contratos bilaterales, la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones juega también un papel preponderante en cuanto permite detectar aquellas irregularidades surgidas a lo largo de la relación contractual, esto es, tanto las que se presentan al momento del surgimiento del contrato como las acaecidas durante el período de ejecución del mismo. Así, en el principio de proporcionalidad encuentran sustento válidas instituciones tales como las nulidades derivadas del objeto ilícito, la teoría de los vicios ocultos, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad contractual o la onerosidad excesiva y sobreviniente.

“4.3.2. Aplicación del principio en el régimen de contratación pública

“Ahora bien, la reciprocidad en las prestaciones contractuales comporta un principio connatural o esencial al contrato administrativo que corresponde a la categoría de los sinalagmáticos (en virtud del principio del gasto público, los negocios jurídicos unilaterales y gratuitos no se integran al régimen común u ordinario de contratación estatal). Su aplicación en el campo del derecho público surge inicialmente de la jurisprudencia y de la doctrina, ante la apremiante necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equipar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista.

“En nuestro derecho positivo, al margen de las previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4º, 5º-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

“Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones —derechos y obligaciones contractuales— se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevistos o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato —aleas anormales o extraordinarios—, ya sea que estos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles). En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, —se ha dicho ya— justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la administración pública, con independencia de que estos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades.

“En cuanto el principio de reciprocidad de prestaciones comporta una de las bases de la estructura de los contratos administrativos y, desde esta perspectiva, desarrolla el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa, fuerza es concluir que el mismo cumple una doble función: (i) la de interpretar e integrar la normatividad que regula los contratos —determinante en la etapa de celebración como límite al principio de la autonomía de voluntad—, y (ii) la de complementar el régimen de los derechos y obligaciones acordadas expresamente por las partes en el negocio jurídico relevante en la etapa de ejecución contractual como ordenamiento legal imperativo.

“No sobra reseñar, que el ejercicio legítimo de estas funciones confluye en el objetivo único de reconocer a favor del contratista una indemnización o compensación, o la revisión administrativa o judicial del contrato, en todos aquellos eventos en que se afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitando un enriquecimiento sin causa de la administración y el empobrecimiento correlativo del

particular. En efecto, si la situación económica del sujeto que colabora con el Estado en la consecución de sus fines, resulta ser modificada por el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas, la administración pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2°), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58) a los que ya se ha hecho referencia” ⁽⁹³⁾ (resaltado fuera de texto).

Con todo, si bien dentro del marco de la teoría de la imprevisión solo en los contratos conmutativos existe la obligación de preservar la ecuación económica, no es menos cierto que ese mismo tratamiento se extiende a los contratos aleatorios, *“cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas ajenas al riesgo propio del contrato”* ⁽⁹⁴⁾. La doctrina puntualiza al respecto que *“la solución es justa, pero no resulta fácil determinar cuándo la excesiva onerosidad resulta de causas ajenas al alea normal del contrato y cuándo se está en presencia de una deuda muy gravosa, habida cuenta de la incierta paridad de las prestaciones en función del alea prevista”* ⁽⁹⁵⁾ (resaltado fuera de texto).

Para ilustrar el alcance de este principio, se da el ejemplo de un contrato de renta vitalicia, señalando al efecto: *“Supongamos que el deudor debe pagar \$2.000 por mes al beneficiario y, como consecuencia de una deflación monetaria, su deuda se torna excesivamente onerosa. El obligado, en tal supuesto, tiene derecho a invocar la teoría de la imprevisión y pedir la rescisión del contrato, porque la deflación es una “causa extraña al riesgo propio del contrato”. En cambio, tal deudor no podría invocar la imprevisión asegurando que el beneficiario vive 120 años (excediendo así el promedio de vida normal), por cuanto ese es un riesgo propio del contrato”* ⁽⁹⁶⁾ (resaltado fuera de texto).

XI. Los elementos esenciales requeridos para el restablecimiento del equilibrio económico por imprevisión

La doctrina unánimemente admite que la imprevisión es un instituto con perfiles propios, que lo distinguen del caso fortuito —aunque los caracteres de hecho constitutivo de ambos son los mismos— por cuanto la excesiva onerosidad que caracteriza a aquella es una circunstancia que dificulta el cumplimiento de la obligación, en tanto que este hace imposible tal cumplimiento, convirtiéndose así en un impedimento absoluto ⁽⁹⁷⁾.

Diversas teorías han sido expuestas para dar fundamento a la doctrina de la imprevisión, *verbi gracia*, la presuposición; las bases del negocio; el equilibrio de prestaciones; el abuso del derecho y la buena fe ⁽⁹⁸⁾. La teoría de las bases del negocio es posiblemente la más acogida. *“Esta postura doctrinaria estima que para la celebración de un contrato, las partes tienen en cuenta ciertas circunstancias básicas que son propias del negocio jurídico en cuestión (p.ej. la equivalencia de las contraprestaciones en los contratos bilaterales), de manera tal que, si no se dan o resultan modificadas, cae el acto por haber desaparecido las bases que lo sustentaron”* ⁽⁹⁹⁾ (resaltado fuera de texto).

Para el profesor Llambías la teoría de la imprevisión encuentra sustento en que *“el contrato, como concreción de voluntad, está asociado al ambiente económico y jurídico que lo vio nacer de manera tal que caduca en sus condiciones primitivas cuando sobreviene un acontecimiento absolutamente imprevisible que distorsiona la economía del contrato y torna excesivamente onerosa la prestación de una de las partes.*

Llegado ese punto, el perjudicado por ese cambio exorbitante del presupuesto del contrato, puede alegar la rescisión del convenio a fin de quedar desligado para el futuro de obligaciones que serían sin causa por provenir de una convención sustancialmente distinta de aquella para la cual dio antes su consentimiento. Inicuo sería mantenerlo sujeto a un régimen contractual que ha caducado por imperio de las nuevas circunstancias sobrevenidas” ⁽¹⁰⁰⁾ (resaltado fuera de texto).

Debe precisarse cuáles son, en un contrato determinado, las bases del mismo, o las circunstancias contempladas por las Partes que son jurídicamente relevantes, pues, en aras de la seguridad negocial, no todas pueden servir de fundamento para la revisión del contrato.

Al respecto se dice que el criterio de selección de los hechos que tienen la virtualidad de alterar las bases, ha de tener las siguientes características:

“Que sea un hecho objetivo, esto es, una circunstancia económica, social, o cualquier hecho mensurable y susceptible de ser probado. Ello evita tanto los motivos interiores como las generalidades que no se pueden probar, y pone una barrera respecto de una excesiva flexibilidad que puede resultar muy perniciosa.

“Que ese hecho no haya sido tenido en cuenta al contratar o en la ejecución posterior.

“Que sea un hecho que tenga influencia en la relación contractual, de modo que si las partes lo hubieran tenido en cuenta el contrato no sería igual, ya que habrían modificado alguno de sus elementos” ⁽¹⁰¹⁾ .

En cuanto a los requisitos puntuales exigidos para invocar la doctrina de la imprevisión, se dice que el deudor podrá hacerlo **“cuando: 1) el hecho que ocasione la dificultad en el pago de la obligación reúna los caracteres del caso fortuito (actual, imprevisible, inevitable, extraño al deudor y sobreviniente a la constitución de la obligación); 2) no haya ni mora ni culpa determinantes de la mayor onerosidad; y 3) el evento fortuito provoque una excesiva onerosidad en el cumplimiento obligacional”** ⁽¹⁰²⁾ (resaltado fuera de texto).

Sobre estos mismos elementos configurativos de la teoría de la excesiva onerosidad, los comentaristas explican que deben revestir las siguientes características:

1. Ha de tratarse de acontecimientos extraordinarios

Al respecto se señala que el hecho **“extraordinario”**, por oposición al **“ordinario”**, es lo que no ocurre normalmente, toda vez que **“se aparta del curso normal y ordinario de las cosas (C.C., art. 901)”**, pero aclarándose que **“este criterio causalista no tiene en cuenta que lo ordinario y lo extraordinario no se fija en relación a los acontecimientos naturales, sino a los que las partes consideran como tal, lo cual es fundamental en un contrato”** .

Ha de utilizarse, entonces, un criterio para definir cuando un suceso es anormal, criterio que ha de contener dos elementos: el primero relativo al origen del evento, pues ha de tratarse de una causa extraña, esto es, ajena a la conducta de las partes; el segundo consistente en la imprevisibilidad de la ocurrencia ⁽¹⁰³⁾ .

2. Los acontecimientos han de ser imprevisibles

Tal situación se presenta cuando las Partes no han podido anticipar el advenimiento del hecho empleando la debida diligencia y de acuerdo con los conocimientos y experiencia de cada una.

“La imprevisibilidad se juzga conforme al paquete de informaciones disponibles al momento de contratar. Las partes pueden redactar un contrato completo si tienen toda la información de lo que va a ocurrir, o incompleto si, como sucede habitualmente, el futuro les resulta imprevisible. Estos hechos sobre los que no se tiene información no son regulados por el plan de prestación, pero pueden redactarse cláusulas que dispongan quien los soporta.

“Si las partes no dispusieren quién soporta el hecho futuro imprevisible, actúa la “imprevisión (...)”.

“En estos casos debe tenerse en cuenta la aptitud para prever que tienen los contratantes en el caso (...)” ⁽¹⁰⁴⁾ (resaltado fuera de texto).

De acuerdo con estos criterios, se afirma que la inflación, por ejemplo, no es en principio un hecho que pueda dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, dado que en ciertas economías **“el paulatino deterioro de la moneda que ese hecho económico produjo es previsible”**. Con todo, se admite que **“(…) cuando la desvalorización es el resultado súbito de un determinado acto de poder público, como una modificación sustancial o inesperada en el régimen de cambios, puede ese hecho ser configurativo de la teoría de la imprevisión”** ⁽¹⁰⁵⁾ .

3. Ha de generarse una excesiva onerosidad de la prestación

El hecho en cuestión debe generar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida, de manera tal que el mantenimiento de la obligación implique la **“consumación de una flagrante injusticia”** ⁽¹⁰⁶⁾ .

La determinación de la excesiva onerosidad es una materia sometida al arbitrio judicial ⁽¹⁰⁷⁾ .

En principio se habla de excesiva onerosidad para el deudor, de manera que no basta cualquier desequilibrio en la ecuación económica del contrato que favorezca notoriamente al acreedor sino se traduce en un grave perjuicio para el deudor ⁽¹⁰⁸⁾ .

Para un sector de la doctrina, dentro del marco de la teoría de la imprevisión, para dilucidar si se presenta una excesiva onerosidad, no debe tomarse en cuenta solamente la situación patrimonial del afectado, toda vez que debe examinarse la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato; de ahí que se diga que **“lo que cuenta no es la prestación en sí misma sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio”** ⁽¹⁰⁹⁾ . En otras palabras, la excesiva onerosidad ha de producir la destrucción de la equivalencia de las prestaciones.

Por esto la doctrina explica que **“no cabe mirar las cosas desde la óptica del afectado, sino desde el equilibrio logrado en el contrato”**, de suerte que debe tenerse en mente que **“la relación de cambio que sustenta el negocio en su génesis y que debe perdurar en la etapa de ejecución es lo que resulta afectado por el acontecimiento extraordinario e imprevisible”** ⁽¹¹⁰⁾ (resaltado fuera de texto).

4. El perjudicado no debe haber incurrido en culpa o en mora

Estas dos hipótesis son las mismas que se tienen en cuenta en el ordenamiento para impedir los efectos liberatorios del caso fortuito, ya que si estos factores tienen incidencia en la ocurrencia del *casus* , o en su repercusión sobre la relación de equivalencia, en dicho supuesto el acontecimiento no sería ajeno al deudor, requisito este indispensable para que opere el caso fortuito ⁽¹¹¹⁾ .

XII. El restablecimiento del equilibrio y los contratos en curso

Desde otro punto de vista debe preguntarse el tribunal qué incidencia tiene en la petición de restablecimiento del equilibrio el hecho de que la misma se refiera a un contrato en ejecución. En efecto, el contrato N° 167 fue celebrado por un plazo de diez años (cláusula 4ª), plazo que no se ha vencido, con una posibilidad de prórroga por una sola vez y por el mismo término original (cláusula 5ª). Lo anterior plantea entonces la duda de si es posible acceder al restablecimiento, en la medida en que las circunstancias pueden variar en un futuro y conducir a la postre a que el resultado final del contrato sea positivo.

Sobre el particular considera el tribunal que de los principios y normas legales que regulan el restablecimiento del equilibrio de los contratos estatales se desprende que este procede respecto de los contratos en ejecución.

En efecto, de una parte, el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales **“Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa...”** .

Así mismo, el numeral 9° del mismo artículo establece que las entidades estatales actuarán de **“...tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”** (se subraya).

Es entonces claro, de acuerdo con la ley, que si se presentan desequilibrios durante la ejecución del contrato, debe procurarse solucionar los mismos a la mayor brevedad.

Lo anterior además corresponde al propósito del principio de restablecimiento del equilibrio económico. En efecto, como lo señala la doctrina, la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos surge con el objeto de preservar la continuidad en la prestación del servicio público ⁽¹¹²⁾ y por ello no se aplica cuando el contrato ha sido terminado anticipadamente, aun cuando puede ser aplicada cuando el contrato ha terminado normalmente, pues en tal caso se ha preservado la continuidad del servicio gracias al esfuerzo del contratista que por ello debe ser

compensado.

Ahora bien, el hecho de que se decida un restablecimiento del equilibrio del contrato en el momento al que se ha hecho referencia, no significa que posteriormente no se pueda revisar nuevamente el contrato por períodos posteriores e incluso que la solicitud correspondiente sea presentada por la entidad estatal contratante en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 4º, numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

XIII. La Ley 680 de 2001

De otra parte, debe analizar el tribunal el alcance de la Ley 680 de 2001 pues ambas partes la invocan con propósitos distintos. En efecto, en tanto el actor la invoca como fundamento de sus pretensiones, señalando que la misma reconoce la crisis y autorizó a la **Comisión Nacional de Televisión** y en subsidio a los jueces para revisar los contratos; la parte convocada sostiene que, por el contrario, lo que dicha disposición establece es una regla excepcional que debió expedir el legislador pues de otra manera no procedería el restablecimiento.

A este respecto el artículo 6º de dicha disposición legal establece:

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

“PAR.—Para efectos de la reestructuración de las tarifas prevista en este artículo derogase el literal g) del artículo quinto (5º) de la Ley 182 de 1995.

“De igual manera, la Comisión Nacional de Televisión - CNTV - deberá tener en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión.

“Los demás concesionarios del servicio de televisión también serán titulares de la renuncia y de la terminación anticipada de los contratos autorizada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

“En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el régimen unificado para la fijación de contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias. Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios” (se subraya).

Como se puede apreciar, esta ley contenía una autorización temporal a la **Comisión Nacional de Televisión** para que revisara, modificara y reestructurara los contratos con los operadores de televisión en materia rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que condujeran a la normal prestación del servicio público de televisión. Así mismo, la ley dispuso que se tomaran en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión.

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes del Proyecto de Ley número 34 de 2000, acumulado al 38 de 2000 Senado, 126 de 2000 Cámara, se expresó respecto del esquema de televisión (Gaceta del Congreso del jueves 31 de mayo de 2001, folio 804):

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

“ ...

“La preservación del esquema público-privado es hoy un imperativo que trasciende el interés particular de quienes prestan dicho servicio público. La televisión está ligada a la opinión, la cultura, la información o el entretenimiento. No asumir la crisis, implica poner en riesgo el imperio de tales valores. Amerita, además, que el Congreso intervenga para preservarlos. Lo que está al orden del día en materia de televisión es una legislación de crisis que responda a una situación de crisis”.

Del texto de la ley y de los antecedentes de la misma se desprende que el Congreso de la República consideró que existía una situación de crisis en materia de televisión y que era importante adoptar soluciones para resolverla. Ahora bien, cabe preguntarse si dicha decisión legislativa significa precisamente que si ella no existiera no era posible reconocer el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

A juicio del tribunal ello no es así, en la medida en que el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos constituye un principio general aplicable en general a todos los contratos estatales, por lo cual el mismo se debe aplicar en todos los casos en que se cumplan las condiciones que constituyen sus presupuestos. El hecho de que exista en esta materia una disposición legal que prevea la posibilidad de adoptar una solución de carácter general no excluye que en razón de los principios generales se restablezca el equilibrio en casos concretos. En este sentido el derecho comparado muestra que en muchas ocasiones el legislador ha preferido intervenir para resolver una situación de crisis estableciendo mecanismos que pueden ser de aplicación general y evitando de esta manera la necesidad de que cada caso sea resuelto por los tribunales competentes. A juicio del tribunal este es el propósito de la ley mencionada, pues en su exposición de motivos se señala que *“la crisis se expresa en la judicialización de conflictos”*, por lo cual se crearon mecanismos para evitar que las controversias se resuelvan caso por caso judicialmente.

En esta medida si la situación de crisis no pudo ser resuelta a través de los mecanismos excepcionales previstos por el legislador, deberá hacerse con intervención judicial aplicando los principios generales.

Con base en lo expuesto, el tribunal habrá de verificar, en el caso particular, además de la presencia de todos los elementos que estructuran la teoría de la imprevisión, la naturaleza del contrato en estudio, ya que, como se advirtió, según la doctrina y la jurisprudencia, el principio del equilibrio económico tiene aplicación solo en los contratos conmutativos. Igualmente, deberá determinar si el contrato previó alguna distribución de riesgos que le hiciera asumir el alea normal del negocio; y, finalmente, debe estudiar el comportamiento de la convocante en la mitigación de los perjuicios que se pudieron producir como consecuencia del eventual desequilibrio económico del contrato.

XIV. Análisis del caso concreto

Las principales defensas y excepciones de la parte convocada pueden sintetizarse, así:

1. A la celebración del contrato de concesión que nos ocupa, no se estructuró, negoció, ni pactó una ecuación económica - financiera, dado que la **Comisión Nacional de Televisión** fijó unilateralmente el precio de la Concesión y la **Casa Editorial El Tiempo** lo analizó, hizo las proyecciones que estimó pertinentes y lo aceptó con las expectativas de obtener beneficios, sin que hubiera explicado ni justificado los supuestos económicos sobre los cuales basó sus cálculos y proyecciones, los que tampoco fueron revisados ni admitidos por la **Comisión Nacional de Televisión**, toda vez que esta no se comprometió a garantizar los resultados del negocio. Así las cosas, jamás hubo acuerdo sobre la equivalencia de prestaciones.

Para el tribunal, sin embargo, no es necesario que las partes adelanten tratativas específicas, ni concluyan acuerdos puntuales sobre la equivalencia de las prestaciones o sobre los factores explícitos de la ecuación económica del negocio. Esto es así, por cuanto si se trata de contratos conmutativos, la mencionada ecuación queda conformada implícitamente, pues *“la noción de “reciprocidad” o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra”* ⁽¹¹³⁾.

De ahí que la jurisprudencia del Consejo de Estado haya precisado que la mencionada ecuación y el consiguiente deber de preservarla, surgen en forma implícita sin necesidad de estipulación expresa, pues la *“ecuación*

financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos, la Sala reitera que es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando este se rompe en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias” (114). (resaltado fuera de texto).

De seguirse la línea de reflexión de la convocada —en el sentido de que sin negociación y convenio explícitos sobre la conformación de la ecuación financiera del contrato esta no existiría, ni tampoco tendría aplicación el principio legal que ordena su reestablecimiento— se llegaría a la conclusión que en los contratos de adhesión no cabría el mantenimiento de la ecuación, ni tendría aplicación la teoría de la imprevisión para reestablecerla cuando quiera que resulte rota por el acaecimiento de circunstancias ajenas e imprevisibles, generadoras de una excesiva onerosidad sobreviniente. Esta interpretación no puede prohijarla el tribunal, pues representaría una marcada injusticia para quien contrata limitándose a aceptar los términos y condiciones establecidas por su cocontratante.

2. No es procedente el restablecimiento de la ecuación económica, porque el contrato celebrado entre la **Comisión Nacional de Televisión** y la **Casa Editorial El Tiempo** es un contrato aleatorio, en el cual se fijó, únicamente, el valor de la concesión que debería pagar el concesionario, en tanto que la contraprestación que este obtendría es un factor en cierta forma ajeno a este acto jurídico, pues provendría de las relaciones de negocios del concesionario con terceros, esto es, con los anunciantes a quienes les vendería pauta publicitaria. Así las cosas, arguye la convocada, no podrían mirarse como equivalentes, a la celebración del contrato, las prestaciones derivadas del mismo, dado que los resultados del negocio para **Casa Editorial El Tiempo** dependían de contingencias inciertas, propias de los contratos aleatorios.

Se agrega que es entonces el alea o riesgo incurrido la base para la calificación jurídica del negocio, vale decir, para tenerlo como conmutativo o aleatorio, siendo el primero el único en que hay lugar al restablecimiento de la ecuación primigenia del contrato, ya que en este se sabe con certeza, desde un comienzo, lo que se paga y lo que se espera recibir. Se trata, por ende, de un negocio que origina prestaciones ciertas.

Esa certeza contrasta, en cambio, con la incertidumbre que caracteriza al contrato aleatorio, del cual no pueden saberse de antemano los resultados. Por tanto, desconociéndose, al inicio, las utilidades que a la postre generaría el negocio para el concesionario, no puede hablarse de correlación implícita entre el precio pagado por los derechos que le fueron concedidos y la asunción de riesgos o contingencias que asumió.

Para el tribunal, la equivalencia de las prestaciones surgidas del contrato no debe buscarse en las relaciones de negocios que pueda llegar a tener uno de los contratantes con terceros (venta de publicidad), sino en la relación jurídica y económica interna, esto es, la que se constituye con las obligaciones y derechos recíprocos nacidos del negocio mismo y que conforma una interrelación de contenido similar o equivalente, si se trata de un contrato conmutativo, o de desproporción manifiesta si se trata de uno aleatorio.

En nuestro caso esa equivalencia ha de determinarse teniendo en cuenta, por una parte, el precio pagado por la concesión y de otra, su contraprestación, vale decir, el valor de mercado de los derechos conferidos al concesionario para la prestación de servicios de televisión en la ciudad de Bogotá. En efecto, de conformidad con su cláusula primera el objeto del contrato es **“la entrega que hace la comisión a título de concesión a la Casa Editorial El Tiempo S.A. para la operación y explotación de una (1) estación local con ánimo de lucro en Santafé de Bogotá”**. A cambio de dicha concesión se pagó una suma de \$18.933.140.304.

Por tanto, el tribunal entiende que el concesionario cambió un activo —dinero— por otro —derechos de explotación— que han de tenerse como equivalentes, pues no se vislumbra que las partes estuvieran tratando de llevar a cabo un juego de azar, sino de intercambiar prestaciones de valor similar.

En ese sentido no puede decirse que sean aleatorios los contratos en que se transfieren la propiedad o el uso de bienes inmateriales o intangibles, a cambio de un precio fijo. Así por ejemplo, la sala de cine que compra el derecho a exhibir una película; o la editorial que adquiere los derechos de autor; o el licenciataria del uso de una marca, pagan todos un cierto valor como contraprestación por los derechos que reciben a cambio, los cuales se miran como equivalentes de acuerdo con el precio usual en el mercado, en consideración a las particularidades inherentes a cada uno de esos derechos. Esa equivalencia, entonces, es independiente de las ventas y beneficios

que en adelante pueda obtener el titular de esos derechos en la explotación de los mismos con sus respectivas clientelas.

Ocurre sí, que no existe en el país un mercado de cuya oferta y demanda resulte un precio para los derechos de prestación de servicios de televisión, de manera que la **Comisión Nacional de Televisión** hubo de fijar uno ad hoc para los canales privados nacionales y de ese ejercicio luego dedujo, mediante una regla de tres, el precio de la concesión para los canales locales.

En efecto, para efectos de la determinación del precio de la concesión el artículo 5° de la Ley 182 de 1995 estableció como función de la **Comisión Nacional de Televisión**:

“g) Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.

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

“Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

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

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

Como se puede apreciar, esta norma fijó una serie de criterios para determinar el valor a cobrar incluyendo la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión y la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio.

De acuerdo con el Acta N° 259 que obra a folio 168 y siguientes del expediente, la **Comisión Nacional de Televisión** fijó el valor de la concesión para cada uno de los canales nacionales de operación privada teniendo en cuenta los estudios realizados por inversiones e ingeniería financiera y los conceptos que en relación con el mismo habían rendido las universidades Nacional y de los Andes. Así mismo, consta en el Acta N° 353 del 22 de enero de 1998, que obra a folios 00173 y siguientes del expediente, que la **Comisión Nacional de Televisión** determinó el valor de la concesión de las estaciones locales con ánimo de lucro tomando en cuenta el valor de la concesión para los canales nacionales y lo preceptuado por el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

Ahora bien, de conformidad con el **“informe final del estudio para actualizar el valor de la concesión de los canales privados de televisión”** elaborado por inversiones e ingeniería financiera y que obra en el cuaderno de pruebas N° 1, folios 000001 a 000167, **“los aspectos del negocio que más influyen en el valor de la concesión son el comportamiento de la inversión neta en publicidad en televisión, el monto de la inversión requerido para el desarrollo del negocio y el costo de la programación”** (resaltado fuera de texto).

En las páginas 11 y siguientes de las aclaraciones y complementaciones al dictamen financiero, los peritos explicaron la metodología utilizada por el informe final mencionado y que sirvió de base para determinar el valor

de la concesión de los canales nacionales y en la cual se destacan las cuatro variables principales que corresponden a los aspectos que más influyen en el negocio **“1. La inversión neta publicitaria en televisión (INPT), 2. El monto de la inversión requerido para el desarrollo del negocio, 3. El costo de la programación, y 4. El costo operativo y de ventas del negocio”**.

De este modo el estudio que se adelantó para lo relacionado con los servicios privados de televisión a nivel nacional, se apoyó, fundamentalmente, en la inversión neta publicitaria (INPT), como lo señalaron los peritos financieros:

“Teniendo en cuenta que la fijación de la tarifa para el canal local de televisión tuvo en cuenta los estudios elaborados para la fijación del valor de la concesión de los canales nacionales, que estos a su vez se definieron en función del comportamiento de la INPT, y que fue la reducción en el comportamiento observado de esta variable, manteniendo los demás factores inmodificados, la que condujo a la revisión del valor de la concesión para los operadores nacionales, se puede afirmar que este mismo factor si es predicable respecto del contrato de concesión celebrado entre la CNT y CEET” (respuesta a la pregunta 1.1. del tribunal).

Se advierte en la respuesta transcrita que la determinación de la tarifa del canal local se basó en el estudio realizado para la fijación del valor de la concesión de los canales nacionales, más precisamente a través de una regla de tres, como lo reconoció el Dr. **Jorge Valencia Jaramillo**, a la sazón miembro de la **Comisión Nacional de Televisión**, quien puntualizó en su testimonio:

“DR. VALENCIA: En Bogotá se tuvo en cuenta la cobertura sobre la cual había certeza y la población, esos fueron concretamente los elementos que yo recuerdo que se tuvieron en cuenta. El establecimiento del PIB y sobre todo de lo que pudiéramos llamar el ingreso per capita resultaba extraordinariamente complejo porque los estudios que se adelantaban indicaron que la población marginal crecía y cambiaba a gran velocidad y esto sumado a los estratos 1 y 2 daba un porcentaje altísimo de la población de Bogotá, cosa que resultaba especialmente dramática, pero que ante la dificultad de precisar más ese elemento los que se aceptaron finalmente fueron la cobertura tal como establecía la ley y la población que la Ley 182 en uno de sus artículos decía que debería tenerse en cuenta y así se tuvo, por esa razón se hizo esta llamemos regla de tres en cuanto al valor de la concesión nacional y a la población, lo que daría el valor de la concesión en Bogotá, tomando el censo del año 93 como ya lo dije”.

De ahí que el mismo testigo hubiera concluido: **“(…) si el valor (de la concesión) nacional hubiera sido menor, obviamente el (costo de la tarifa) local hubiera sido menor”**.

Es claro, entonces, que a partir de una serie estadística se proyectó el comportamiento de la INPT para el período de duración de las concesiones de televisión a nivel nacional y con base en esto se dedujo la tarifa correspondiente, la que a su turno sirvió de premisa para el cálculo de la tarifa para la concesión de los derechos de televisión local para Bogotá, mediante una regla de tres que tomó en consideración la cobertura y la población de la ciudad.

Sin embargo, las proyecciones de la INPT para el período resultaron en la práctica manifiestamente sobrestimadas, tal como lo precisaron los peritos financieros al señalar (página 3ª del dictamen):

“En lo que respecta a la INPT, los valores del estudio de inversiones e ingeniería financiera resultaron superiores en todos los períodos, arrojando por lo tanto una sobrestimación frente a la ejecución, la cual se encontró entre un mínimo del 3% para el año 1997 y un máximo del 35% para el año 2001. Frente a la cifra estimada por Asomedios para 2002 implicaría una sobrestimación del 42% frente a la de IIF”.

Así pues, la tarifa calculada por la **Comisión Nacional de Televisión** para el lapso de duración de la concesión, estructurada sobre proyecciones que devinieron equivocadas, resultó muy alta de manera que el precio fijado para el bien inmaterial objeto de la concesión (derechos de explotación de la televisión local) es muy caro en comparación con las condiciones imperantes en el mercado de la publicidad, deprimidas en razón de la grave crisis económica que por esos años experimentó el país, que constituye sin duda un hecho notorio, pero que igual queda demostrada con la caída creciente y permanente en ese período de la INPT, en contraste con la serie histórica que sirvió de apoyo a las proyecciones realizadas por Inversiones e ingeniería financiera, serie que muestra un constante incremento, año por año, de la aludida inversión en publicidad.

En consecuencia, la **Comisión Nacional de Televisión** cobró por el uso de su activo intangible una remuneración excesiva, dadas las circunstancias del mercado durante el período de ejecución que lleva el contrato. Es por esto que bien puede decirse que si la **Comisión Nacional de Televisión** hubiera organizado la licitación correspondiente dos o tres años después, no habría podido cobrar por el uso de ese activo lo mismo que cobró, sino una suma muy inferior.

Por tanto, la equivalencia prestacional o ecuación financiera que se estructuró a la celebración del contrato —apoyada en unas proyecciones del comportamiento de la INPT que podían considerarse en ese momento correctas— vino a romperse posteriormente con el advenimiento de una crisis económica sin precedentes en la historia reciente del país, originando así una excesiva e imprevista onerosidad sobreviniente para la **Casa Editorial El Tiempo**, que tiene todos los elementos y características del instituto jurídico de la imprevisión.

La prueba que obra en el proceso demuestra que las circunstancias de hecho o *“las bases del negocio”* tenidas en cuenta por los contratantes al celebrar el contrato (*rebus sic stantibus*), fueron luego objeto de una drástica y negativa afectación producto de la crisis económica que se produjo.

Es del caso tener en cuenta que la serie estadística usada por inversiones e ingeniería financiera para el cálculo de las proyecciones era una serie corta, por ello, quizá, no suficientemente representativa, en la cual se observa un crecimiento constante tanto del PIB como de la INPT ⁽¹¹⁵⁾, de suerte que reflejaba un escenario de prosperidad, sin contemplar una recesión cíclica, ni menos aún una crisis inusitada como la que luego experimentó el país.

Ese crecimiento constante que previeron los estudios resultó a la postre muy alejado de la realidad, la cual mostró una marcada reducción de la INPT, factor esencial sobre el cual se había construido la tarifa.

La apreciable caída del PIB y de la INPT son prueba de la crisis y que esta es ajena, es decir, no imputable a los contratantes e imprevisible, pues como quedó visto, el escenario tenido en mente fue uno de bonanza y crecimiento, de manera que si bien podía esperarse, como es usual en toda economía de mercado, un ciclo recesivo, no podía razonablemente anticiparse la magnitud de la depresión que sobrevino.

Están presentes, por ende, los elementos configurativos de la imprevisión: hecho ajeno, imprevisible, inevitable, sobreviniente al perfeccionamiento del contrato y que rompe la equivalencia prestacional estructurada en ese momento, dada la excesiva onerosidad.

No sobra señalar que la causa eficiente de esa situación, vale decir, la crisis que afectó notoriamente todas las actividades económicas, dada su magnitud, no era parte del alea o riesgos normales asumidos en el contrato, pues dicha *“alea normal”* consiste principalmente en obtener la participación esperada en el mercado (torta publicitaria), a los precios previstos, para lo cual el concesionario ha de ser eficiente administrativa y financieramente, con el objeto de racionalizar sus costos y poner en marcha políticas apropiadas de programación, comercialización y mercadeo, pues de ello depende en gran medida la *“audiencia”* (Rating) que se logre, que a su turno es el elemento primordial para conseguir el nivel de venta proyectado de pauta publicitaria. Pero se reitera que estas labores eficientes y acuciosas del concesionario debían desarrollarse dentro de un marco de normalidad y no dentro de un entorno de crisis sin precedentes, la cual no fue ni podía ser contemplada, ni la consiguiente caída de la INPT, lo cual excede el alcance de la noción del alea normal del negocio.

Recuérdese que aún en el caso de contratos aleatorios cabe el restablecimiento del equilibrio económico, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas ajenas al riesgo propio del contrato.

3. No hubo ruptura del equilibrio, pues lo que la **Casa Editorial El Tiempo** dejó de invertir y de gastar compensa ampliamente lo que dejó de percibir por ventas y no se la garantizaban las utilidades esperadas.

La convocada señala a este respecto, que el concesionario dejó de incurrir en gastos operacionales, durante la ejecución del contrato, por un monto aproximado de \$ 40.000 millones y ha dejado de hacer inversiones proyectadas por una suma que asciende a \$ 11.105 millones, de manera que no ha desembolsado cerca de 50 mil millones de pesos, cifra que ha de compararse con la de los menores ingresos, esto es, \$ 38.377 millones, de lo que resulta un superávit para el concesionario de \$ 11.260 millones.

El Tribunal considera que efectivamente en el contrato no se le garantizaron a la **Casa Editorial El Tiempo** las ventas proyectadas de pauta publicitaria, ni las ganancias esperadas.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que aquí no se demanda el reconocimiento de las utilidades precalculadas. De ahí que no quepa el análisis de la menor inversión, ni la reducción en los gastos operacionales, que, por lo demás, en un ambiente de drástica recesión económica, se justificaría en principio, como una medida elemental de prudencia, y coincidente con la obligación —derivada del principio de la buena fe en la ejecución contractual— de mitigar los propios daños ⁽¹¹⁶⁾ .

Aquí lo que se demanda es la restitución del precio pagado en exceso, en virtud de la caída, experimentada durante el período de ejecución del contrato, de la INPT, premisa sobre la cual se estructuró la tarifa de la concesión, restitución que se pide en la misma proporción de esa caída, tal como ya lo fue reconocido a los canales nacionales.

Pero si lo anterior no fuera suficiente debe observarse que tal como señalan los peritos financieros en sus aclaraciones (página 25) la reducción en los ingresos operacionales del Canal fue muy superior a la reducción de la inversión neta publicitaria ⁽¹¹⁷⁾ . En efecto, el monto total de la diferencia de ingresos para la **Casa Editorial El Tiempo** entre lo proyectado y lo real es de \$ 106,928 millones (tomando en cuenta la totalidad de la reducción de ingresos y no solo la parte proporcional a la caída de la inversión neta publicitaria), en tanto que la reducción en los gastos que señalan los peritos en la página 20 de sus aclaraciones, es según el apoderado de 40.000 millones.

De esta manera considera el tribunal que no se puede afirmar que la **Casa Editorial El Tiempo** haya compensado el menor valor recibido por la reducción de la inversión neta publicitaria. A lo anterior se agrega que, de acuerdo con el dictamen pericial las ventas han sido menores de lo esperado y los flujos de caja que se han recibido no han permitido recuperar la inversión.

4. La caída en las ventas del canal excedió en mucho el porcentaje de caída de la INPT, luego ello significa que otras causas intervinieron para impedir el logro de las metas de ingreso proyectadas, causas estas que podrían ser imputables a la convocante, en particular la relacionada con una insuficiente penetración del mercado. Así las cosas, no habría una relación causal suficiente entre el demérito patrimonial que **Casa Editorial El Tiempo** alega haber sufrido y la disminución de la INPT en los últimos años.

Acerca de la pluralidad de causas que pudieron participar en la reducción de ingresos, por venta de pauta publicitaria, entre ellas “(...) *la cobertura de la señal, el rating y share de audiencia, la competencia y la capacidad financiera para concretar el acceso a una excelente tecnología de la cual depende la cobertura de la señal y la calidad y programación de la financiación, de la cual depende la sintonía del canal*”, los peritos financieros consideraron que son todos estos factores de penetración del mercado y “*determinantes (...) en el comportamiento de las ventas de publicidad*”, así como del “*tamaño de la participación en la torta publicitaria disponible*” (resaltado fuera de texto).

Con todo, los mencionados peritos señalan que con la documentación que ellos tuvieron a su disposición, “*no es posible aislar el efecto que tuvieron las distintas variables que intervienen en el logro de los volúmenes de ventas*”, agregando que “*para establecer que proporción de la caída de las ventas pudo haber obedecido o no a problemas de penetración de mercado de CityTv, se requeriría de un estudio específico y especializado al respecto*” (resaltado fuera de texto).

De esto deduce la convocada que los bajos niveles de venta de pauta publicitaria de City Tv. pueden ser también atribuidos a inapropiadas políticas del canal, en especial en materia de programación y comercialización.

Ha de reiterarse, no obstante, que en este proceso no se persigue un resarcimiento por el detrimento patrimonial producido por las menores ventas y utilidades, en comparación con las proyectadas. Aquí se busca una reparación por el mayor valor pagado como tarifa de la concesión, con lo cual se rompió el sinalagma del contrato inicialmente estructurado sobre supuestos que resultaron errados, en razón del desenvolvimiento anormal de la economía nacional en los años recientes.

Para el tribunal es claro que si bien pudieron intervenir, en la generación de ese resultado lesivo, diversas causas,

no es menos cierto que en lo que se refiere a la indemnización que aquí se pretende, la caída de la INPT es el factor determinante, convirtiéndose en causa eficiente del perjuicio de la convocante, en los términos de la jurisprudencia civil de la Corte Suprema, según la cual tienen el carácter de causa las circunstancias que hayan desempeñado, en la generación del perjuicio, un papel *“preponderante y trascendente”* ⁽¹¹⁸⁾ o aquellas cuya intervención en el evento dañoso haya sido *“decisiva”* ⁽¹¹⁹⁾ .

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

En relación con este aspecto los peritos financieros señalaron (página 9 del dictamen financiero):

“A continuación respondemos la segunda parte de la pregunta, esto es, el efecto sobre la ejecución financiera de la concesión, igualmente con la salvedad de que no puede establecerse con certeza, que el menor volumen de ventas obedeció únicamente a la disminución en la INPT derivada de un menor crecimiento del PIB y, por tanto, que el efecto sobre la ejecución financiera resulte ser el aquí estimado”.

En las aclaraciones al dictamen al ser preguntados los peritos financieros sobre la influencia de la variación de la INPT expresaron (página 25):

“Se reafirma lo dicho en el dictamen inicial en el sentido de que en las ventas de publicidad de City TV intervienen, además del comportamiento del PIB y la INPT, los restantes factores como son la cobertura, la penetración del mercado y la infraestructura.

“Se aclara que la reducción del INPT si explica la caída de los ingresos por concepto de pauta publicitaria de CEET, por lo menos en igual proporción a la caída registrada en la INPT, sin que se pueda cuantificar y determinar de manera explícita la dimensión exacta del efecto de la menor INPT sobre la caída de las ventas del CEET frente a lo proyectado, que supera dicha proporción”.

Por tanto, para el tribunal la caída de la INPT influyó decisivamente, y al menos en una medida igual al porcentaje de dicha caída, en la lesión patrimonial sufrida por **Casa Editorial El Tiempo**.

En laudos precedentes se probó que la caída en la INPT tuvo una incidencia directa en el daño sufrido por los canales nacionales, consistente en el mayor valor pagado por los derechos objeto de sus respectivas concesiones, de donde se determinó una disminución de la tarifa en igual proporción a la de la caída de la INPT.

Ahora bien, si la mencionada caída afectó de manera directa a las ventas de los canales nacionales, la misma o mayor repercusión, ha debido tener sobre las ventas de pauta publicitaria de los canales locales, pues según los peritos expertos en mercadeo, estos últimos se encuentran en inferioridad de condiciones, sobre todo en épocas recesivas en la lucha por la torta publicitaria, según se advierte en los siguientes apartes de su dictamen:

“(…) una situación recesiva o de crisis genera una revisión de la estrategia de inversión publicitaria por parte de los anunciantes, ya que el Mix de medios se debe ajustar a aquellos que generen con el mínimo requerido de dinero, una óptima efectividad de impacto.

“Es un ejemplo a tomar, lo ocurrido con la inversión publicitaria en canales nacionales frente a la inversión en canales locales, cuyo resultado muestra la concentración en los primeros, quienes tienen la gran ventaja de poseer una cobertura superior a la del canal local, teniendo además cubrimiento de su señal en el mismo mercado del canal local.

“En conversaciones sostenidas con varios gerentes de mercadeo de empresas que disponen de un alto presupuesto para inversión publicitaria, se hace clara referencia a lo anteriormente anotado: las crisis obligan

a replantear totalmente las políticas de inversión publicitaria y en el caso particular de televisión se aprecia la consolidación de los canales nacionales privados como prioritarios, dejando a los canales regionales y locales como medios marginales frente a los recursos disponibles de inversión publicitaria” (resaltado fuera de texto).

En consecuencia, el Tribunal habrá de acceder a la pretensión resarcitoria formulada por **Casa Editorial El Tiempo**, ordenando la restitución del mayor valor pagado como tarifa por la concesión, en la misma proporción de la caída experimentada por la INPT.

El monto del restablecimiento

Como ya se precisó, la ecuación económica del contrato en el presente caso está determinada por el precio pagado por la **Casa Editorial El Tiempo** y el valor de la misma, establecido de acuerdo con los criterios determinados por la **Comisión Nacional de Televisión** en desarrollo de la Ley 182 de 1995. Por consiguiente, dentro de dicha ecuación no deben tomarse en cuenta los menores ingresos que haya obtenido la **Casa Editorial El Tiempo**, toda vez que el resarcimiento a favor de esta última se basa en el mayor valor pagado por la concesión.

A este respecto, las declaraciones rendidas por parte de los doctores **Jorge Valencia Jaramillo** ⁽¹²⁰⁾ y **Ana María Delgado** ⁽¹²¹⁾, son contestes en precisar que la **comisión** no garantizó una determinada utilidad, ni la **Casa Editorial El Tiempo** entendió que existiera una garantía con tal alcance.

Por otro lado los peritos financieros señalaron (página 9 del dictamen financiero):

“A continuación respondemos la segunda parte de la pregunta, esto es, el efecto sobre la ejecución financiera de la concesión, igualmente con la salvedad de que no puede establecerse con certeza, que el menor volumen de ventas obedeció únicamente a la disminución en la INPT derivada de un menor crecimiento del PIB y, por tanto, que el efecto sobre la ejecución financiera resulte ser el aquí estimado” (resaltado fuera de texto).

En las aclaraciones al dictamen al ser preguntados los peritos financieros sobre la influencia de la variación de la INPT expresaron (página 25):

“Se reafirma lo dicho en el dictamen inicial en el sentido de que en las ventas de publicidad de City TV intervienen, además del comportamiento del PIB y la INPT, los restantes factores como son la cobertura, la penetración del mercado y la infraestructura.

“Se aclara que la reducción del INPT si explica la caída de los ingresos por concepto de pauta publicitaria del CEET, por lo menos en igual proporción a la caída registrada en la INPT, sin que se pueda cuantificar y determinar de manera explícita la dimensión exacta del efecto de la menor INPT sobre la caída de las ventas del CEET frente a lo proyectado, que supera dicha proporción” (resaltado fuera de texto).

Así las cosas el restablecimiento del equilibrio debe efectuarse frente al precio pagado por la concesión y su valor real, teniendo en cuenta la caída en la inversión neta publicitaria.

A este respecto observa el tribunal que de acuerdo con la prueba que obra en el expediente la tarifa de los operadores nacionales se fijó en \$102.650 millones y se redujo, por virtud de las decisiones arbitrales a \$69.795 millones. Así consta en los Laudos dictados en los procesos arbitrales de RCN y Caracol Televisión contra la **Comisión Nacional de Televisión**.

Ahora bien, en las aclaraciones los peritos financieros señalan (página 3a):

“De acuerdo con lo anterior, el factor tenido en cuenta para la revisión de la tarifa establecida para los operadores nacionales fue el menor nivel observado de la inversión neta publicitaria en televisión, lo cual llevó a recalcular el valor de la licencia sobre la base de corregir los valores iniciales estimados de INPT por Inversiones e Ingeniería Financiera, para los años 1998, 1999 y 2000. Los demás factores considerados en el modelo financiero utilizado por IIF para este escenario, tales como la penetración, la cobertura de poblaciones con más de 30.000 habitantes y la elasticidad ingreso calculada por IIF se mantuvieron inmodificados para efectos de este cálculo” (resaltado fuera de texto).

De esta manera, como quiera que el recálculo de la tarifa para los concesionarios nacionales solo tuvo en cuenta el menor valor de la inversión neta publicitaria, y que el cálculo original para las concesiones nacionales fue la base para determinar el valor de la concesión que recibió la **Casa Editorial El Tiempo**, considera el tribunal procedente adoptar la cifra determinada por los tribunales arbitrales citados como valor de la concesión de los operadores nacionales, como premisa para determinar el restablecimiento del equilibrio en el presente caso.

En el dictamen pericial financiero los peritos calcularon cuál sería el valor de la concesión local si se tomara en cuenta la tarifa revisada para los operadores nacionales y la población de Bogotá y concluyeron (página 11) que dicho valor sería de \$10.421.600.000, lo cual arroja una diferencia de \$8.511.540.304.

Desde otro punto de vista, observa el tribunal que en los procesos arbitrales mencionados se expresó que el valor pagado por el concesionario cubre los diez años de duración de la misma y constituye jurídica y contablemente un costo que debe ser amortizado durante el término del contrato, por lo cual el tribunal restableció el equilibrio para el lapso de dos años.

Ahora bien, la pregunta que surge es si en el presente caso la reducción debe aplicarse por razón de los años transcurridos. El apoderado de la **Casa Editorial El Tiempo** sostiene que no, pues ello implicaría aumentar el déficit que ha sufrido su representada.

A este respecto observa el tribunal que como ya se dijo, el valor de la concesión es el precio que se paga por tener el derecho a explotar el servicio de televisión privada por un término de diez años. Luego es claro que dicho pago constituye la contraprestación por dicho período y se devenga durante la vigencia del contrato. Por consiguiente, el tribunal considera que solo puede restablecer el equilibrio respecto de las prestaciones correspondientes a aquellos períodos que ya han transcurrido y respecto de los cuales se encuentra que se produjo la ruptura del equilibrio del contrato. Por lo anterior es necesario tomar en cuenta la fecha en que el contrato comenzó a ejecutarse como punto de partida de la ruptura del equilibrio.

Ahora bien, en su demanda el accionante afirmó (hecho 5º) que la entrada en operación del canal fue el 19 de marzo de 1999; por el contrario, la **Comisión Nacional de Televisión** en su contestación negó tal hecho y señaló que el comienzo de operaciones se produjo el 19 de junio de 1999.

Al revisar la documentación aportada al proceso encuentra el tribunal que mientras la **Comisión Nacional de Televisión** ha sostenido que la fecha de entrada de operación del canal es el 19 de junio de 1999, porque corresponde al vencimiento de la prórroga que se otorgó (fl. 733), la **Casa Editorial El Tiempo** ha sostenido (fl. 747) que el canal comenzó a operar el 19 de marzo de 1999, porque fue la fecha en que se produjo el inicio de la transmisión.

Desde este punto de vista observa el tribunal que la fecha que señala la **Casa Editorial El Tiempo** es más desfavorable para la misma, pues el plazo de la concesión se vencerá tres meses antes frente a lo que resultaría si se aplicara el que señala la **Comisión Nacional de Televisión**. En esta medida, considera el tribunal que debe tomar en cuenta dicha fecha para efectos de los cálculos.

Ahora bien, como quiera que en el dictamen pericial financiero se señala la caída de la inversión neta publicitaria para los años 1999, 2000, 2001 y 2002, considera el tribunal que este es el período para el cual se tomará en cuenta la reducción del valor de la concesión, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2002, por cuanto no obra prueba en el expediente de cual ha sido el comportamiento de la inversión neta publicitaria con posterioridad a dicha fecha.

De esta manera, se obtiene el valor proporcional correspondiente, así:

Fecha inicial ejecución contrato	3/19/1999
Fecha final período reestablecimiento	12/31/2002
Días totales concesión	3600
Días transcurridos concesión	1362

Proporción	0.3783333333
Valor proporcional mayor valor Concesión	3,220,199,415
Monto proporcional mayor valor Intereses	418,696,240

Debe aclararse que la decisión de restablecimiento que se adopta se refiere exclusivamente al período que se ha señalado, por lo cual el presente fallo no impide que posteriormente se pueda solicitar el restablecimiento, bien por la **Casa Editorial El Tiempo** o bien por la **Comisión Nacional de Televisión**, por períodos posteriores.

De otra parte, el demandante ha solicitado que igualmente se condene a la **Comisión Nacional de Televisión** a reembolsarle el valor de los intereses pagados por la **Casa Editorial El Tiempo**.

Desde este punto de vista observa el tribunal que los intereses pagados constituyen un accesorio de la suma pagada por concepto del otorgamiento de la concesión. En esta medida, si se dispone el restablecimiento del equilibrio y, por consiguiente, la restitución de una parte de las sumas recibidas por la **Comisión Nacional de Televisión**, necesariamente deberá condenarse a restituir proporcionalmente los montos que por concepto de intereses pagó la **Casa Editorial El Tiempo**, los cuales constituyen un mayor valor pagado por la concesión.

En el dictamen pericial financiero se calcularon dichos intereses en la suma de mil ciento seis millones seiscientos ochenta y seis mil noventa y siete pesos (\$ 1.106. 686.097). El anterior monto calculado por los peritos financieros no fue objeto de objeción ni reserva por las partes, de manera que el tribunal lo acoge.

La actualización de los montos reconocidos como restablecimiento

De acuerdo con las pretensiones de la demanda, habrá de procederse a la actualización de las sumas que por restablecimiento serán reconocidas, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor, a partir del mes de noviembre de 1998 y hasta la fecha del laudo.

Para la definición de la fecha a partir de la cual se calculará la actualización, el tribunal ha considerado que el mayor valor por la concesión fue pagado en los últimos instalamentos cubiertos por la **Casa Editorial El Tiempo**, los cuales se cancelaron entre el 22 de octubre y el 6 de noviembre de 1998.

De esta manera se obtienen los siguientes valores:

Concepto \$ millones	Valor no actualizado proporcionalidad	IPC nov-1998	IPC julio-2003	Factor ajuste	Valor actualizado
Mayor valor concesión	3,220,199,415	99.0949	143.46	1.447703161	4,661,892,873
Mayor valor intereses	418,696,240	99.0949	143.46	1.447703161	606,147,870

La petición de intereses sobre las sumas que resulten a favor de la Casa Editorial El Tiempo

En su demanda, la convocante solicitó que sobre las sumas a favor de la **Casa Editorial El Tiempo** se liquide intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el tribunal.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

Lo primero que debe observarse es que en materia de contratación estatal la ley dispone la tasa aplicable en aquellos eventos en que no se han pactado intereses. En efecto, la Ley 80 de 1993 establece en su artículo 4°, numeral 8°, que en caso de **“no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del**

interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”; sin embargo, la ley no precisa en qué momento se causan dichos intereses. Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la misma ley, es necesario acudir a las disposiciones civiles y comerciales pertinentes.

Desde este punto de vista precisa el tribunal que tal y como se desprende del artículo 1617 del Código Civil, los intereses de mora son la forma de resarcir el perjuicio que sufre el acreedor por razón de la mora del deudor en el pago de la obligación, por consiguiente, como toda indemnización de perjuicios, la misma solo se debe desde cuando el deudor se encuentra en mora (C.C., art. 1615).

Ahora bien, para que haya mora es necesario que se presenten cualquiera de los eventos contemplados por el artículo 1608 del mismo estatuto, lo cual implica entonces uno de los siguientes supuestos: que se haya cumplido el plazo pactado; que la cosa no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla, o que el deudor haya sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Es claro que en el presente caso no son aplicables los dos primeros supuestos, pues no existe un plazo estipulado para proceder al pago de la suma debida, así como tampoco se trata de una hipótesis en que dicha obligación debió haber sido satisfecha en determinada época y se hubiere dejado pasar dicha oportunidad sin cumplirla.

Así las cosas, para que existiera mora sería necesario el requerimiento judicial. Ahora bien, el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil establece que ***“La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”***.

Cabe entonces preguntarse si en virtud de dicha disposición es posible considerar que se deben reconocer intereses de mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda que dio origen al presente proceso.

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

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia expuso en sentencia de 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo 176, pág. 288):

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

“Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación” (resaltado fuera de texto).

Así mismo en sentencia del 10 de junio de 1995 (Expediente 4540) expuso:

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

Como se desprende de la primera de las sentencias citadas, dicha jurisprudencia opera cuando la obligación es incierta en su monto o cuantía, por lo cual es claro que no siempre que exista un proceso en el cual se solicita se declare la obligación, ello excluye la mora. En efecto, esta solución abriría el camino a que quien es deudor de una obligación clara y existente se ampare en su negativa injustificada en cumplir para eludir pagar intereses y se desconocería lo dispuesto por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, dicha

jurisprudencia solo se aplica en aquellos casos en que previamente a la existencia del proceso no es posible afirmar que exista una obligación clara y líquida, pues ella solo puede establecerse a través del mismo. En tales casos solo existirá mora a partir de la decisión judicial, pues es a través de ella que se determina el monto de la obligación.

Un criterio análogo ha seguido la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual en sentencia del 27 de noviembre de 2002 (expediente 13.792. H. Consejero: Doctora María Elena Giraldo Gómez) expuso:

“En segundo lugar: En lo que tiene que ver con la condena al pago de intereses moratorios, cabe tener en cuenta que estos intereses proceden frente al incumplimiento o retardo en el cumplimiento en que incurre el deudor.

“En eventos como el que se estudia, la administración solo está obligada al pago de la suma correspondiente a los perjuicios materiales a partir del día siguiente a la fecha ejecutoria de la sentencia, porque la obligación de pago que se le impone surge como consecuencia de declaraciones, de una parte, de ilegalidad del acto y, de otra, de la condena a indemnizar los perjuicios causados, que se hacen en la sentencia judicial. En efecto, por virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la obligación de pagar la indemnización de perjuicios es consecuencia de la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo (que hasta entonces estaba cobijado por la presunción de legalidad) y condenó al pago de perjuicios; por consiguiente es a partir de la firmeza de la sentencia que en dicho evento la administración se convierte en deudora y también es a partir de esa firmeza que la deuda le es exigible a la administración, por lo general.

“Se tiene así que si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del deudor, es lógico que cuando la administración por sentencia en firme adquiere la calidad de deudor, en el caso como el que se estudia, solo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la administración no satisface al acreedor, estará obligada no solo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura. Por ello mismo no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación.

“Por lo tanto la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la administración aparece después de quedar en firme la sentencia condenatoria, y solo surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia” (resaltado fuera de texto).

Por todo lo anterior, no es pertinente condenar al pago de intereses moratorios a la tasa solicitada por el demandante.

Sin embargo el tribunal debe precisar que la jurisprudencia transcrita acoge la máxima ***“in illiquidis mora non fit”***, toda vez que se exige como presupuesto de la mora, que la deuda sea líquida, siendo entendido que no existe liquidez cuando para conocer la cuantía de la obligación se precisa adelantar un proceso ⁽¹²²⁾.

La doctrina del derecho comparado estima, no obstante, que la estricta aplicación de la aludida máxima, ***“produce algún tipo de desazón”***, por varias razones, entre ellas, porque ***“la regla jurisprudencial de acuerdo con la cual hay iliquidez siempre que es necesario un juicio para zanjar la cuestión, aparte de no decir más que una obviedad, favorece innecesariamente la litigiosidad, porque es manifiesto que muchos deudores harán necesarios los litigios”*** ⁽¹²³⁾.

Se observa, en todo caso, una tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España a hacer más flexible la aplicación de la máxima mencionada, según se desprende de lo precisado en la siguiente sentencia: ***“en torno al alcance de la regla in illiquidis non fit mora ha de tenerse en cuenta que, junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago, que da lugar a la mora, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor, a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles***

de producir frutos —frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan a favor de quién debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

“En aquellos supuestos, como el del caso, en el que puede fácilmente colegirse en la litis la existencia de una deuda a favor del actor y en contra del demandado, no parece injusto que se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial” ⁽¹²⁴⁾ .

Para el tribunal es claro —a partir del reconocimiento legal de la capacidad que tiene el dinero de producir frutos civiles (C.C., art. 717), lo que significa que el legislador supone, sin que quepa prueba en contrario, que quien disponga de recursos monetarios habrá de colocarlos para obtener rendimientos— que la convocante dejó de percibirlos durante el período comprendido entre el momento en que razonablemente se le ha debido restablecer el equilibrio económico del contrato, hasta la expedición del laudo que ponga fin a este proceso.

Se trata, así, del lucro cesante del dinero, que constituye un demérito patrimonial innegable, que tiene las características de cierto y directo, cuya reparación es necesaria para otorgar al damnificado un resarcimiento integral. Con todo, la cuantía de dicho demérito no ha sido acreditada en el proceso.

Sin embargo, debe resaltarse que a partir de la Ley 446 de 1998, se le otorgaron ciertas facultades al juez respecto de la demostración de perjuicios. El artículo 116 de la citada ley preceptúa que ***“la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*** . Esta regla, que consagra el principio de valoración en equidad, supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez.

No obstante, esa atribución esta limitada a la cuantificación del perjuicio; pero no se extiende a la demostración misma del demérito patrimonial, de suerte que este no puede ser presumido o simplemente inventado por el juez. Dicha regla ha de entenderse en el sentido de que el demandante que persigue un resarcimiento debe acreditar el perjuicio, vale decir, el demérito económico sufrido, así como su carácter de cierto, directo y previsible. Solamente respecto de su cuantificación, si esta no ha quedado debidamente acreditada, puede el juez decretar pruebas de oficio para su adecuada valoración y si estas son insuficientes, puede establecer el monto de la indemnización de acuerdo con su sentido de equidad. Es, entonces, una labor residual la que tiene el juez, que no releva de la carga de la prueba al demandante para la demostración de todos los elementos configurativos de la responsabilidad civil, entre ellos la prueba del perjuicio en su materialidad específica.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que la valoración en equidad, ***“no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados durante la instancia configuradores de los elementos axiológicos que fundamentan el juicio de responsabilidad.***

“Por el contrario, la posibilidad de acudir al principio de la valoración de daños en equidad, exige del juez de la responsabilidad, una ponderación del daño sobre bases objetivas y ciertas, que han de aparecer acreditadas en la instancia y que, fundamentan el poder o facultad discrecional que a él asiste, para completar las deficiencias o dificultades de orden probatorio, sobre la específica materia del quantum indemnizatorio.

“La Sala subraya que el principio de valoración en equidad supone y exige que el elemento daño antijurídico aparezca debidamente acreditado en cuanto a su ocurrencia y existencia, quedando reducida la aplicación del principio a la exclusiva determinación del quantum, cuando por razones varias sea difícil su acreditamiento (...)” ⁽¹²⁵⁾ .

Esta posición coincide con la planteada por la doctrina Italiana, sobre el objeto y naturaleza de la valoración equitativa, en los siguientes términos:

“La indefectible exigencia de justicia referente a la liquidación del daño presupone la certeza de su existencia individualizada en relación con su objeto (interés) basada en la prueba efectuada. De esta certidumbre deriva tal exigencia de justicia; solo si la prueba ha formado la convicción del juez sobre la existencia del daño individualizado respecto al interés afectado; solamente en este supuesto nace para el juez el deber en justicia de

efectuar la liquidación de tal daño. Es decir, solo cuando se ha realizado esta condición debe el juez condenar al responsable al resarcimiento efectuando la liquidación del daño resarcible; nace en tal supuesto la exigencia de la liquidación judicial, en base a la prueba o cuando falta, mediante los criterios de equidad aplicados por el juez.

“Si no se prueba la existencia del daño no hay por qué liquidar tal daño por el juez.

“Ni siquiera se puede hablar de recurrir a suplir el defecto de prueba con la valoración equitativa que, como es sabido, presupone la prueba de la existencia del daño, y que solo tiene por objeto la determinación del quantum de tal daño” ⁽¹²⁶⁾ .

Por todo lo anterior, el tribunal en ejercicio de la facultad de interpretación de la demanda y, para la debida congruencia entre las pretensiones y la decisión, considera que si bien no procede el reconocimiento de intereses de mora base del resarcimiento que exige la convocante por la privación de los recursos durante parte del período en que estos se han encontrado en poder de la convocada y no en el suyo, ni intereses remuneratorios o de plazo, toda vez que las partes no hicieron estipulación al respecto, ni la ley los contempla para el presente caso, si hay lugar al reconocimiento de un lucro cesante por la pérdida del rendimiento de los mencionados recursos.

A este respecto observa el tribunal, de una parte, que de acuerdo con la ley, las entidades estatales deben procurar restablecer el equilibrio de los contratos en el menor tiempo posible, de conformidad con el numeral 9° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993. De otra parte, que si se hubiera restablecido el equilibrio cuando fue solicitado por la convocante dentro de la oportunidad legal que tenía la administración para pronunciarse, el contratista hubiera contado con los recursos correspondientes para desarrollar una actividad productiva.

De esta manera, la falta de restablecimiento en el momento en que procedía su reconocimiento, dio lugar a un lucro cesante, que en el caso de obligaciones monetarias se expresa en el pago de un rédito. Como quiera que el tribunal dispuso que las sumas a pagar se actualicen de conformidad con la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, considera que dicho rédito habrá de ascender a un 6 % anual.

En este sentido sigue el tribunal la orientación del Consejo de Estado que en diversos pronunciamientos ha determinado el valor del lucro cesante tomando en cuenta dicho criterio ⁽¹²⁷⁾ .

Finalmente, se debe determinar el punto de partida de la causación de tal rédito. A este respecto, observa el tribunal que dicho rédito solo puede causarse a partir del momento en que la contratista reclamó el restablecimiento del equilibrio económico. Desde este punto de vista observa el tribunal que la primera solicitud fue presentada el 13 de abril de 2000, resuelta negativamente el 28 de junio del mismo año, tal y como consta en el hecho 11 de la demanda, por lo cual la tasa de interés se liquidará a partir de ese momento y hasta la fecha del laudo sobre el valor actualizado al 28 de junio de 2000.

La actualización de dicho valor es el siguiente:

Actualización cálculo lucro cesante Concepto	Valor no actualizado Proporcionalidad	IPC nov.-1998	IPC jun.-2000	Factor ajuste	Valor actualizado
Mayor valor concesión	3,220,199,415	99.0949	116.85	1.179172692	3,797,171,213
Mayor valor intereses	418,696,240	99.0949	116.85	1.179172692	493,715,173
Base cálculo					4,290,886,386

Sobre el valor actualizado se calculan los intereses de la siguiente forma:

Período comienza	Período termina	Inflación	Factor de ajuste	Valor actualizado	Días	Interés legal	Intereses
6/28/2000	12/31/2000	9.23%	1.0469	4,492,128,957	183	3.01%	135,047,164
1/1/2001	12/31/2001	8.75%	1.0875	4,885,190,241	360	6%	293,111,414
1/1/2002	12/31/2002	7.65%	1.0765	5,258,907,294	360	6%	315,534,438
1/1/2003	8/19/2003	6.99%	1.0443	5,491,876,887	228	3.76%	206,456,322
							950,149,338.32

XV. Las excepciones propuestas

El tribunal analiza y decide las excepciones de mérito propuestas por la convocada, siguiendo el orden de su planteamiento, así:

1. ***“Inexistencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión N° 167 de 1998”***

Si bien no es propiamente una excepción, ha de señalarse que el tribunal, como queda explicado en la parte motiva del laudo, llegó a la conclusión de que se presentó una ruptura de la ecuación económica del contrato de concesión N° 167 de 1998.

2. ***“Inexistencia de la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión N° 167 de 1998”***

Aunque tampoco es una excepción, el tribunal llegó a la conclusión, como se advierte en la parte motiva de esta providencia, que la ruptura del equilibrio económico del contrato 167 de 1998, conlleva la obligación de la entidad convocada de restablecerlo.

3. ***“Inexistencia de pérdidas o perjuicios ciertos, determinados y cuantificados sufridos por la CEET atribuibles causalmente a situaciones imprevistas e imprevisibles, ajenas a la conducta o culpa de la CEET”***

Según las consideraciones que tuvo en cuenta el tribunal, en el presente caso se reúnen los elementos esenciales para la operatividad de la teoría de la imprevisión y, por lo tanto, para la consecuente revisión de la tarifa pagada como contraprestación de la concesión.

4. ***“Inexistencia de la obligación de la CNTV de reintegrar a la CEET una parte del valor de la concesión pagado por la CEET en virtud del contrato de concesión N° 167 de 1998 e inexistencia de la obligación de reintegrar una parte de los intereses igualmente pagados por la CEET”***

El tribunal reitera frente a estas excepciones que la ruptura sobreviniente del equilibrio económico, genera la correspondiente obligación de restablecerlo, mediante la devolución de la parte pagada en exceso, tanto por capital como por intereses, todo ello de acuerdo con lo expuesto en los considerandos de este laudo.

5. ***“Ineptitud de la demanda en cuanto a la pretensión N° 9, por absoluta falta de claridad y precisión y por contravenir en este sentido lo dispuesto en el artículo 75, numeral 5°, del Código de Procedimiento Civil”***

Toda vez que prosperan las pretensiones principales, no es del caso entrar a analizar las pretensiones subsidiarias.

XVI. Las costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta la complejidad del tema, la seriedad de los planteamientos de ambas partes y su comportamiento leal y profesional, no hay lugar a condenar en costas.

Parte resolutive

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probadas y, en consecuencia, denegar las excepciones perentorias interpuestas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva.
2. Declarar que durante la ejecución del contrato de concesión 167 de 1998, el comportamiento de la economía y de la inversión neta publicitaria en televisión ha sido extraordinario, imprevisto, imprevisible, ajeno y no imputable a la Casa Editorial El Tiempo.
3. Declarar que el comportamiento mencionado en la pretensión anterior, ha generado una disminución sustancial de las ventas por concepto de pauta publicitaria y una ejecución del contrato 167 de 1998 en condiciones diferentes, más difíciles y onerosas para la Casa Editorial El Tiempo.
4. Declarar que el equilibrio económico del contrato de concesión 167 de 1998, se rompió por causas no imputables al concesionario.
5. Declarar que el monto de la concesión fijado por la Comisión Nacional de Televisión para la estación local con ánimo de lucro de Santafé de Bogotá —contenido en el Acta 353 de 22 de enero de 1998— se estableció a partir del monto fijado por dicha entidad para los operadores privados en el nivel nacional en el Acta 259 de 16 de junio de 1997, y que el mismo resultó sobrestimado frente al comportamiento indicado en la primera pretensión de esta demanda.
6. Para restablecer el equilibrio financiero del contrato de concesión 167 de 1998, condenase a la Comisión Nacional de Televisión a restituir a la Casa Editorial El Tiempo, la suma de cuatro mil seiscientos sesenta y un millones doscientos noventa y dos mil ochocientos setenta y tres pesos (\$4.661.292.873), por concepto del monto actualizado del mayor valor pagado por la concesión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.
7. Condenase a la Comisión Nacional de Televisión a restituir a la Casa Editorial El Tiempo, la suma de seiscientos seis millones ciento cuarenta y siete mil ochocientos setenta pesos (\$606.147.870), por concepto de mayor valor de intereses pagados a dicha entidad en el período comprendido entre el 19 de junio y el 6 de noviembre de 1998.
8. Negar la condena al pago de intereses comerciales moratorios y, de acuerdo con la pretensión subsidiaria, condenar a la Comisión Nacional de Televisión, a pagar la suma de novecientos cincuenta millones ciento cuarenta y nueve mil trescientos treinta y ocho pesos (\$ 950,149,338), a título de lucro cesante.
9. Las anteriores condenas causaran intereses a partir de la ejecutoria del laudo en los términos del artículo 177 del Código Contencioso administrativo y la Sentencia C-189 de 1999 de la H. Corte Constitucional.
10. Sin condena en costas.
11. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.
12. En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.
13. Expedir copias autenticas del presente laudo a cada una de las partes y al representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley.

Notifíquese y cúmplase.

AUTO

Bogotá, D.C., septiembre 4 de dos mil tres (2003).

Por este auto, el tribunal decide la solicitud de corrección o aclaración del laudo arbitral proferido el diecinueve (19) de agosto de dos mil tres (2003), formulada por la parte convocada, previas las siguientes:

1. Consideraciones

Dentro de la oportunidad procesal, con escrito radicado el 25 de agosto de 2003, la Comisión Nacional de Televisión solicita corrección o, en su defecto, aclaración del Laudo Arbitral, así:

Primer motivo

“Cuandoquiera que el tribunal tuvo necesidad de establecer un factor de ajuste para un año o fracción de año determinados, tomó como base de sus cálculos la inflación certificada por el DANE en el año inmediatamente anterior, y no en el propio año cuya inflación se pretendía contrarrestar o compensar”.

Sobre el particular debe señalar el tribunal que la liquidación realizada en el laudo arbitral corresponde a la metodología adoptada en la experticia financiera, que no fue objeto de reparos u objeciones por las partes en esta materia y, según se expresa en el dictamen, la misma resulta de la aplicación literal del artículo 1° del Decreto 679 de 1994 el cual dispone: “Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento en que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos” (se subraya). Como se observa, la norma reglamentaria impone tomar en cuenta la variación del índice de precios al consumidor del año anterior.

De otra parte, debe señalar el tribunal que entrar a analizar si la norma reglamentaria citada y la Ley 80 de 1993 deben interpretarse en la forma como sugiere la parte convocada o aplicar el criterio propuesto por él, desbordaría el campo propio del error aritmético, pues no se trataría simplemente de revisar una operación aritmética, sino cambiar el concepto aplicado por el tribunal.

Es entonces claro que desde este punto de vista no procede la corrección solicitada.

Segundo motivo

“En los casos en que el tribunal tuvo necesidad de establecer un factor de ajuste para una fracción de año, a más de incurrir en el error anterior, calculó el factor de ajuste sobre la base de la proporción existente entre el número de días de la fracción del año a ajustar y el número de días del año completo, sin tener en consideración que igualmente el DANE certifica la inflación ocurrida en el país mes por mes, de modo que es posible hacer un cálculo preciso y exacto para el período considerado, en lugar de acudir al sistema de aproximaciones, el cual resulta nocivo para una de las partes” (resaltado fuera de texto).

En relación con este motivo encuentra el tribunal que no le asiste razón a la convocada pues, como se vio, el laudo acogió la fórmula del dictamen pericial financiero, que aplicó la fórmula prevista en el Decreto 679 de 1994, el cual claramente dispone que “En el evento en que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos” (se subraya). Esto fue lo que se hizo en el laudo arbitral.

En esta medida adoptar la fórmula propuesta por el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión implicaría un cambio de concepto, es decir no se trataría simplemente de revisar un cálculo matemático, razón por lo cual es improcedente.

Finalmente, solicita el apoderado que en el evento en que no se acceda a la corrección solicitada se proceda a aclarar el laudo sobre las bases de cálculo.

Sobre este punto observa el tribunal que el Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 309 que se pueden aclarar conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte

resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.

Revisado el laudo arbitral, el tribunal advierte que en la parte motiva no se señaló expresamente la metodología que se aplicaba para calcular los intereses, lo cual genera la duda que ha planteado el apoderado de la convocada. En esta medida, y como quiera que dicha metodología incide en la parte resolutiva del laudo, estima procedente el tribunal su aclaración.

Así las cosas se aclarará el laudo proferido en el presente proceso en el sentido que la fórmula adoptada para calcular los intereses es la acogida por el dictamen pericial, que no fue objetado por las partes, la cual corresponde a la aplicación del Decreto 679 de 1994.

2. Parte resolutiva

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento,

RESUELVE:

1. No acceder a la corrección aritmética.
2. Aclarar el laudo proferido e 19 de agosto de 2003 en el presente proceso, en el sentido que los intereses a los cuales se condena se determinan con base en la metodología aplicada en el dictamen pericial, el cual no fue objetado, y que siguió lo previsto por el Decreto 679 de 1994.
3. De esta providencia expídase copia auténtica a las partes y al señor agente del Ministerio Público.

Esta decisión queda notificada en audiencia.
