

Laudo Arbitral

Caracol Televisión S.A.

v.

Comisión Nacional de Televisión

Noviembre 26 de 2001

Acta 26

En la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, siendo el día veintiseis (26) de noviembre de dos mil uno (2001), a las ocho y treinta de la mañana (8.30 a.m.), fecha y hora señaladas en el auto 27 de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil uno (2001), se reunieron en la sede del tribunal, ubicada en la calle 72 N° 7-82, piso 8°, los doctores Fernando Sarmiento Cifuentes, presidente, Gilberto Alzate Ronga y Rodrigo Noguera Calderón, árbitros y Roberto Hoyos Botero, secretario, con el fin llevar a cabo audiencia de fallo, dentro del presente trámite arbitral. Asistieron a la audiencia los doctores Rafael H. Gamboa Serrano, apoderado de Caracol Televisión S.A. Juan Manuel Garrido, apoderado de la Comisión Nacional de Televisión y el doctor Nelson Serrano Vega procurador 9 judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Abierta la audiencia, el presidente autorizó al secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronunció en derecho.

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., noviembre veintiséis (26) de dos mil uno (2001).

Encontrándose evacuadas en su totalidad las actuaciones procesales previstas por el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998, para la debida instrucción del trámite arbitral aquí propuesto, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento procede a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Caracol Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares.

I. Antecedentes

El 22 de diciembre de 1997 la Comisión Nacional de Televisión, como entidad contratante, y Caracol Televisión S.A., como contratista, celebraron el contrato de concesión 136/97, cuyo objeto es la operación y explotación del canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional 2, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario que forma parte integral del mencionado contrato.

Pacto arbitral

El contrato de concesión 136 de 1997, en el que se funda la controversia que debe decidir el tribunal contiene la siguiente cláusula 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 Bogotá, D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el tribunal de acuerdo a 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 Bogotá, c) El tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad” (cláusula 40 del contrato).

Iniciación del trámite

La sociedad concesionaria Caracol Televisión S.A., con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión 136 de 1997, y en atención a las diferencias surgidas entre las partes, presentó el 21 de diciembre de 1999, a través de apoderado, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento, mediante demanda arbitral.

La demanda anterior fue admitida por auto de fecha diciembre 24 de 1999, proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ordenándose correr traslado a la Comisión Nacional de Televisión por el término legal. Esta última, a través de apoderado, dio contestación oportuna a la demanda presentada por la sociedad Caracol Televisión S.A.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio fijó el día 5 de abril de 2000 a las 9:30 a.m. para llevar a cabo la audiencia de conciliación, la cual se surtió, sin que las partes hubieran llegado a algún acuerdo, según acta del 9 de mayo de 2000.

Por auto de fecha julio 11 de 2000, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá citó a las partes para que concurrieran el día 21 de julio de 2000 a las 2:30 p.m. a la audiencia de nombramiento de árbitros, pero antes de que llegara esa fecha los apoderados de las partes presentaron memorial ante dicho centro manifestando que de común acuerdo habían nombrado árbitros a los abogados Gilberto Alzate Ronga, Rodrigo Noguera Calderón y Fernando Sarmiento Cifuentes, ante lo cual el mencionado centro dispuso no realizar la referida audiencia y ordenó comunicarles la designación.

Los mencionados abogados oportunamente manifestaron aceptar la designación hecha, razón por la cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante auto de fecha agosto 31 de 2000, fijó el día 7 de septiembre de 2000 a las 2:30 p.m. para celebrar la audiencia de instalación.

El día 7 de septiembre de 2000 la sociedad Caracol Televisión S.A., por conducto de su apoderado judicial, presentó escrito de reforma a la demanda y expresamente manifestó que las pretensiones "...que estaba contenidas en la demanda inicial y que no aparecen en la corregida, deben entenderse simplemente como suprimidas, más no como desistidas, así como sus fundamentos".

La reforma de la demanda fue admitida por auto de fecha 8 de septiembre de 2000, proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y de la misma se ordenó correr traslado a la Comisión Nacional de Televisión, quien oportunamente la contestó, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, negando unos hechos y aceptando otros y formulado excepciones de mérito.

Por auto de fecha octubre 10 de 2000 se citó para el día 24 de octubre de 2000 a las 9:30 a.m. para celebrar la audiencia de instalación del tribunal.

En la audiencia llevada a cabo el día 24 de octubre de 2000 se designó al doctor Fernando Sarmiento Cifuentes como presidente del tribunal y al abogado Roberto Hoyos Botero, como secretario. En dicha audiencia se profirió el auto 1 mediante el cual se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre Caracol Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión e igualmente se señalaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de administración del tribunal.

Dentro de la oportunidad legal, las partes pusieron a disposición del señor presidente del Tribunal de Arbitramento las sumas de dinero fijadas en el auto 1 de fecha 24 de octubre de 2000, correspondientes a los honorarios de los árbitros y del secretario los gastos del tribunal.

Partes procesales

Demandante:

La parte demandante es la Sociedad Caracol Televisión S.A., representada legalmente por Jorge Martínez de León, según el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 43 a 46 del cuaderno principal 1.

Demandada:

La parte demandada o convocada es la Comisión Nacional de Televisión, entidad de derecho público, representada legalmente por el doctor Jorge Hernández Restrepo, como lo acredita certificado a folio 57 cuaderno principal 1.

Trámite arbitral

Primera audiencia de trámite:

El día 4 de diciembre del año dos mil (2000), a las diez de la mañana se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, dando inicio a la misma con la lectura de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A.

Previo el análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas, el tribunal, mediante auto 3 del cuatro (4) de diciembre de dos mil uno (2001), se declara competente para conocer de las cuestiones y pretensiones formuladas por las partes en su correspondiente demanda y respectiva contestación.

Audiencias de instrucción del proceso:

Quedando definida la competencia del tribunal, se procedió a decretar las pruebas del proceso, para lo cual se dictó el auto 6 del 11 de diciembre de 2000.

El trámite se desarrolló en veintidós (22) sesiones, durante las cuales fueron practicadas las pruebas y se agotaron las demás etapas procesales.

En cuanto a pruebas se incorporaron las siguientes:

— Del Tribunal de Arbitramento de RCN contra la Comisión Nacional de Televisión fueron trasladados los testimonios de los señores Jorge Valencia Jaramillo y María Edna González de Carrasco, por solicitud de las partes y en atención a que se trataron los mismos hechos y se formularon idénticas preguntas a las que serían formuladas en el presente trámite arbitral.

Testimonios de los señores Carlos Alfonso Muñoz Sánchez, Mónica de Greiff Lindo, Álvaro Pava Camelo y Édgar Plazas.

Las partes, de común acuerdo, desistieron de la práctica de los testimonios de Clara Stella Ramos, Jaime Enrique Varela, Carlos Julio García Fernández, Jorge Acevedo y Eugenio José Merlano de la Ossa.

— Interrogatorio de parte absuelto por el doctor Jorge Martínez de León, representante legal de Caracol Televisión S.A.

— Dos inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos, una en las dependencias de la Comisión Nacional de Televisión y la otra en las instalaciones de Caracol Televisión S.A.

— Dictamen pericial por especialistas en banca de inversión rendido por Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano, quienes absolvieron el cuestionario formulado en el escrito de reforma a la demanda y los cuestionarios formulados por las partes en la diligencia de posesión de peritos y en el desarrollo de la inspección judicial decretada. El dictamen fue entregado en audiencia celebrada el día 24 de abril de 2001, del mismo se corrió traslado a las partes por el término contemplado en el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, las cuales presentaron solicitudes de aclaración y complementación que fueron resueltas por el tribunal mediante auto del 25 de mayo de 2001. El día 26 de junio de 2001 se recibió el escrito de ampliaciones y complementaciones al dictamen pericial rendido por los doctores Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano, del cual se corrió traslado a las partes; vencido el término de traslado, las partes no formularon objeción alguna.

— Se tuvieron como medios de prueba, con el valor que a cada uno le corresponde, los documentos allegados

tanto en la demanda como en su contestación, y se ofició a las entidades pertinentes para obtener la prueba documental solicitada por la parte demandante. De igual forma, se incorporaron al expediente los documentos que las partes consideraron pertinentes de los exhibidos en las diligencias de inspección judicial.

Audiencias de conciliación y de alegatos de conclusión:

Los señores apoderados de las partes, de común acuerdo, dejaron constancia que: "...en materia de pruebas no falta ninguna por practicar y que no tienen reparo alguno por las ya practicadas. (acta 20).

Agotada la etapa probatoria, y por auto del 6 de julio de 2001, se fijó fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo los días 3 y 27 de agosto. En la primera oportunidad se suspendió por solicitud de las partes, con el ánimo de propiciar un acuerdo conciliatorio; en la segunda oportunidad, esto es, el 27 de agosto de 2001, se declaró agotada la etapa de conciliación en atención a que las partes no presentaron ningún acuerdo.

El mismo día 27 de agosto de 2001, se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, en la que se concedió el uso de la palabra a los apoderados de las partes, se grabaron sus intervenciones de manera integral e hicieron entrega de los escritos contentivos de los alegatos de conclusión.

Finalizada la audiencia de alegatos de conclusión, mediante auto se fijó el día veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2001), para la lectura del correspondiente laudo arbitral.

Término para fallar

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, al no haber señalado las partes término para la duración del proceso, este sería de seis (6) meses, contado a partir de la primera audiencia de trámite, "término al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso". (Ibídem)

De este modo el tribunal se encuentra en término para fallar, toda vez que la primera audiencia de trámite se realizó el día 4 de diciembre de 2000 (acta 3) y, posteriormente, por solicitud conjunta de las partes el proceso se suspendió en diez oportunidades a saber: del 14 de diciembre de 2000 al 22 de enero de 2001, ambas fechas inclusive, (acta 4 de dic. 11/2000); del 2 de marzo de 2001 al 12 de marzo de 2001, ambas fechas inclusive (acta 11); del 23 de marzo de 2001 al 23 de abril de 2001, ambas fechas inclusive (acta 13); del 27 de abril de 2001 al 8 de mayo de 2001, ambas fechas inclusive (acta 15); del 26 de mayo al 8 de junio de 2001, ambas fechas inclusive (acta 18); por el día 25 de junio de 2001 (acta 19); del 7 de julio de 2001 al 2 de agosto de 2001, ambas fechas inclusive (acta 20); del 4 de agosto de 2001 al 26 de agosto de 2001, ambas fechas inclusive (acta 21); y, del 28 de agosto de 2001 al 30 de septiembre de 2001, ambas fechas inclusive (acta 23), del 13 de octubre al 30 de octubre de 2001 ambas fechas inclusive (auto 26).

Es decir que se completó un total de doscientos once (211) días calendarios durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, lo cual equivale a siete (7) meses un (1) día.

Si la primera audiencia de trámite se efectuó el día 4 de diciembre de 2000 y se contaba con seis (6) meses para proferir el laudo a partir de esa fecha, debiendo descontar el término de siete (7) meses un (1) día, durante el cual estuvo suspendido el proceso, el tribunal se encuentra durante la oportunidad legal para proferir el fallo, toda vez que esta vence el 4 de enero de 2002.

La demanda de Caracol y su contestación

A. Las pretensiones de Caracol Televisión S.A.

La sociedad Caracol Televisión S.A. presentó demanda arbitral, el día 21 de diciembre de 1999, y escrito de reforma a la misma el día 7 de septiembre de 2000, en el que expresamente manifestó que "...las pretensiones que estaban contenidas en la demanda inicial y que no aparecen en la corregida, deben entenderse simplemente como suprimidas, mas no como desistidas, así como sus fundamentos"; quedando como pretensiones definitivas las

siguientes:

“Primera (1ª) principal

“(I) Que son nulos, de nulidad absoluta, y en subsidio relativa, los siguientes apartes de la cláusula (8ª) del contrato de concesión ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en la parte que expresan:

“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 (1er) 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 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 (3er) 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 cada concesionario deberá cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso. Estos se liquidarán con base en el interés corriente bancario vigente en la fecha de pago”.

“(II) Que, como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, se declare que la demandada está obligada a restituir a la demandante, todas las sumas de dinero que por estos conceptos le haya pagado, y que se acrediten en el proceso, restitución esta que deberá hacer actualizándose las sumas junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indiquen en el laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

Subsidiaria de la primera (1ª) principal.

(I) Que es nulo, de nulidad absoluta, y en subsidio relativa, el siguiente aparte de la cláusula octava (8ª) del contrato de concesión ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en la parte que expresa:

“Adicionalmente cada concesionario deberá cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso. Estos se liquidarán con base en el interés corriente bancario vigente en la fecha del pago”.

“(II) Que, como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, se declare que la demandada está obligada a restituir a la demandante, todas las sumas de dinero que por este concepto de intereses le haya pagado, y que se acrediten en el proceso, restitución esta que deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

Segunda (2ª) principal

(I) Declarar que el valor de la concesión, a la época del contrato, era la suma de sesenta y un mil seiscientos doce millones de pesos (\$ 61.612.000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(II) Declarar que hubo error al pactar la cláusula 7ª del contrato de concesión ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintiséis (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(III) Declarar la nulidad relativa de la cláusula 7ª del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(IV) Declarar que el valor de la concesión que la demandante debe pagar a la demandada es la suma de sesenta y un mil seiscientos doce millones de pesos (\$ 61.612.000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(V) Declarar que la demandada debe restituir la diferencia a la demandante. Esa diferencia es la suma de cincuenta y seis mil trescientos sesenta y un millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 56.361.850.000) o la mayor que se acredite en el proceso.

Esta restitución la deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

Subsidiaria de la segunda (2ª) principal

(I) Declarar que el valor de la concesión, a la época del contrato, era la suma de ciento dos mil seiscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$ 102.656.000.000) o la menor que se acredite en el proceso y no la suma de ciento diecisiete mil novecientos setenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 117. 973.850.000).

(II) Declarar que hubo error al pactar la cláusula 7ª del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(III) Declarar la nulidad relativa de la cláusula 7ª del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(IV) Declarar que el valor de la concesión que la demandante debe pagar a la demandada es la suma de ciento dos mil seiscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$ 102.656.000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(IV) Declarar que la demandada debe restituir la diferencia a la demandante. Esa diferencia es la suma de quince mil trescientos diecisiete millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 15.317.850.000) o la mayor que se acredite en el proceso.

Esta restitución la deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

Tercera (3ª) principal

(I) Declarar que por cuanto durante la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136), de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) se han presentado hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles para la demandante y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, se ha presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico - financiera del contrato, la cual debe ser restablecida.

(II) Como consecuencia de la declaración anterior o de una semejante, a términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y para restablecer el equilibrio económico del contrato, se disponga el pago a favor de la demandante de las cantidades de dinero que por dicho concepto se hayan acreditado en el proceso; o, en subsidio se ordene el reajuste en la forma que determine el tribunal en el laudo.

Cuarta (4ª)

“Condenar a la demandada al pago de las costas”.

Los hechos de la demanda:

La demandante presenta los hechos clasificados según las pretensiones formuladas, los cuales se resumen así:

Hechos generales:

Entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión se celebró el contrato de concesión 136 de fecha 22 de diciembre de 1997, cuyo objeto es el “otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del canal nacional de operación privada 2.

El contrato se encuentra en ejecución desde el día 11 de enero de 1999, fecha en la que inició la operación del canal nacional de operación privada.

Hechos referentes a la primera pretensión principal y sus subsidiarias:

Se afirma que la cláusula 8ª del contrato es nula, de nulidad absoluta, y en subsidio relativa, porque al establecer el pago del valor de la concesión en varias cuotas, contraviene el artículo 5º de la Ley 182 de 1995 que determina que el valor de la concesión “será” diferido en un plazo de dos años, norma que, según la actora, impone la obligación de otorgar un plazo de dos años para el pago.

Con fundamento en esta misma norma también se alega la nulidad del cobro de intereses, en consideración a que la voluntad del legislador era que no hubiera lugar a ellos. De no ser así lo habría expresado claramente la ley y su pacto incrementa el costo financiero del contrato.

Agrega la actora que si la cláusula demandada no es nula, de nulidad absoluta, por violación de ley imperativa, sí lo es por nulidad relativa, al existir un error de las partes en cuanto a su pacto.

Descripción del proceso seguido para determinar el valor de la licencia de concesión:

El valor de la licencia de concesión fue calculado por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, IIF, en un estudio contratado a mediados de 1995 por el Ministerio de Comunicaciones, el cual, mediante un modelo financiero y operativo del negocio definió los parámetros de proyección de los ingresos y egresos, calculó el flujo de caja libre del proyecto durante los 10 años de operación y ese valor presente fue el valor de la concesión.

Este estudio debió ser actualizado por Inversiones e Ingeniería Financiera en 1997, ya que el proceso de licitación se formalizó solo hasta ese año.

Para determinar los ingresos estimados del operador se consideró que estos corresponden a la inversión en publicidad que realizan las empresas e instituciones del país, cuyo comportamiento está estrechamente ligado con el nivel de crecimiento económico del país, PIB.

Estas variables fueron analizadas por el instituto SER de Investigación y su relación fue calculada estadísticamente, definiendo lo que se conoce como la elasticidad de la inversión neta en publicidad respecto del producto interno bruto —elasticidad—. De este análisis se concluyó que por cada 1% de crecimiento real del PIB, la inversión neta en publicidad crecería el 0.86%.

Sin embargo, Inversiones e Ingeniería Financiera opinó que las conclusiones del estudio del instituto SER no estaban claramente sustentadas y no resultaban convincentes y planteó que la elasticidad de la Inversión neta en publicidad respecto del PIB debería ser de 1.4043.

Para la proyección de los egresos se tomaron en cuenta los costos de programación y gastos operacionales y la inversión necesaria para montar y operar la red de transmisión.

Con base en estos criterios, Inversiones e Ingeniería Financiera desarrolló un modelo de proyección del valor de la concesión, en el cual presentaba 96 alternativas posibles, de las cuales se eliminaron 30 por no ser

económicamente viables y las restantes fueron presentadas a la CNTV para que determinara cuál de los escenarios sería el utilizado para definir el valor de la concesión.

La CNTV para adoptar la decisión solicitó una evaluación del Cede de la Universidad de los Andes y al CID de la Universidad Nacional, en especial para conocer su concepto sobre el valor de la elasticidad, por las diferencias presentadas entre Inversiones e Ingeniería Financiera y el instituto SER. Las universidades conceptuaron que la elasticidad estaría más cerca del 1.5 que del 0.86; es decir, apoyaron el concepto de Inversiones e Ingeniería Financiera, sin embargo plantearon los riesgos de utilizar ese modelo de proyección de ingresos, ya que la elasticidad de la inversión neta en publicidad v. el producto interno bruto pueden variar notablemente en el período de proyección.

Con base en los informes de las universidades la CNTV decidió apoyar los valores de la concesión propuestos por Inversiones e Ingeniería Financiera, el cual se definió en 95 millones de dólares, mediante votación en la que cada comisionado propuso un valor distinto.

Hechos referentes a la segunda pretensión principal y sus subsidiarias:

Según la actora, el comportamiento real de los principales supuestos utilizados para la valoración de la licencia han sido substancialmente diferentes a los proyectados; así, la proyección del producto interno bruto, PIB, elaborada por Inversiones e Ingeniería Financiera, en el período 2001-2008 del 4.7% fue muy optimista, ya que el promedio de los 15 años anteriores a la fecha de la valoración nunca había alcanzado ese valor.

De igual forma la elasticidad de la inversión neta en publicidad v. el PIB durante 1998, 1999 y 2000 tuvo un comportamiento totalmente diferente al valor utilizado en el modelo de valoración de la licencia y la situación del crecimiento de la inversión neta en publicidad ha sido tan crítica que ni siquiera las proyecciones más pesimistas se acercan al comportamiento real.

Al contratarse sobre unos supuestos equivocados, desde el momento del contrato, se presentó error en cuanto a la fijación del precio y por ello la cláusula objetada es nula de nulidad relativa.

Por otra parte, la CNTV definió el valor de la licencia en reunión de junta directiva del 16 de junio de 1997, por la suma de noventa y cinco millones de dólares (US\$ 95.000.000), fecha para la cual la tasa representativa del mercado, TRM, era de mil ochenta pesos con cincuenta y nueve centavos (\$ 1080.59), por lo tanto el valor de la concesión en pesos colombianos equivalía a ciento dos mil seiscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$ 102.656.000.000); sin embargo para el 18 de septiembre de 1997, fecha de expedición de la Resolución 424 que da apertura a la licitación 3, la TRM era de mil doscientos cuarenta y un pesos con ochenta y tres centavos (\$ 1.241.83), por lo que los noventa y cinco millones de dólares (US\$ 95.000.000) se convirtieron en ciento diecisiete mil novecientos setenta y tres millones de pesos (\$ 117.973.000.000), un valor adicional de quince mil ciento treinta y siete millones de pesos (\$ 15.137.000.000).

Se anota que no había justificación alguna para convertir los pesos a dólares y luego volverlos a pasar a pesos, ya que la concesión no era en dólares, ni el servicio se iba a cobrar en dólares por parte del concesionario. El resultado fue abrir la licitación 3 por un precio diferente al definido por la comisión en sesión del 16 de junio de 1997.

La otra concluye que como el valor pactado en el contrato fue diferente del acordado, existió un error al pactarlo, lo cual conduce a una nulidad relativa de la cláusula 7ª del contrato, que implica que el valor no sea el que aparece en el contrato sino el acordado por la comisión.

Hechos referentes a la tercera pretensión principal

Expone la demandante, los canales privados de televisión iniciaron sus actividades en etapa de prueba del 10 de junio de 1998 al 10 de julio de 1998, continuaron con la etapa de ajuste de señal e interferencias del 10 de julio de 1998 hasta el 10 de enero de 1999 y a partir del 11 de enero de 1999 iniciaron oficialmente sus operaciones y explotación de la licencia, momento para el cual la crisis económica del país reflejó un cambio considerable de las condiciones de ejecución de los contratos de los canales nacionales de operación privada, en especial porque las

proyecciones macroeconómicas planteadas por Inversiones e Ingeniería Financiera difieren en gran medida con la realidad actual.

Para los demandantes, esta crisis económica se ha evidenciado en una disminución de la inversión neta en publicidad. Los ingresos por pauta publicitaria del concesionario, han sido sustancialmente menores a los proyectados en el modelo adoptado por la CNTV para determinar el valor de la licencia.

Esta diferencia entre el comportamiento real y el proyectado, de las variables utilizadas para determinar el valor de la licencia de concesión, ha sido tan grande que al actualizar el modelo de valoración, el valor de la licencia se reduce en más de un 25%.

De este modo, en el modelo de valoración adoptado la CNTV se seleccionó un escenario cuyo valor equivalente corresponde a una penetración del 30% con una cobertura de poblaciones con más de 30.000 habitantes y al comparar las proyecciones con los ingresos reales de los concesionarios en los años 1998 (segundo semestre), 1999 y 2000, se observa una diferencia creciente cuyo valor acumulado se acerca a los ochenta y cinco mil millones de pesos (\$ 85.000.000.000).

Según la demanda, los hechos y circunstancias anteriores constituyen acontecimientos posteriores imprevistos e imprevisibles para la demandante y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, lo cual implica que se haya presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico - financiera del contrato, la cual debe ser restablecida.

La contestación de la demanda:

La Comisión Nacional de Televisión presentó escrito de contestación a la demanda reformada por la convocante, en el que se pronuncia sobre cada uno de los hechos, negando unos y aceptando otros, e invoca como excepciones de mérito las siguientes:

“Validez y eficacia legales del pacto contenido en la cláusula octava del contrato respecto al plazo y forma de pago del principal y el pacto de intereses”.

Se fundamenta esta excepción en que la expresión utilizada por la ley de que el pago “será diferido en un plazo máximo de dos años”, significa que el pago debe hacerse dentro de un plazo máximo de dos años, o como lo dice la ley “en un plazo de dos años”, por lo que la ley no prohíbe el pago en varias cuotas, lo que prohíbe es que el pago se extienda más allá de los dos años.

Por otra parte, argumenta que la ley estableció que el pago debería hacerse por el simple otorgamiento o la adjudicación de la concesión y pretender que el pago deba realizarse solo por la operación (explotación), sería desconocer los incontrovertibles términos en que está redactada la ley.

Finalmente, se afirma que la ley tampoco prohíbe convenir el pago de intereses de plazo, mientras se realiza el pago total, por lo tanto este pacto no adolece de nulidad porque no viola ninguna norma de orden público y es consecuencia del consentimiento previo, expreso y válido de las partes.

“Validez y eficacia legales del pacto contenido en la cláusula octava del contrato respecto a las oportunidades en que comienza y termina el plazo de dos años para el pago de la concesión”.

Se afirma que la obligación de pago de la tasa o contribución por la adjudicación de la concesión surge a la vida jurídica desde el mismo momento en que se adjudica la concesión y *a fortiori* desde el momento en que se firma el contrato, por lo que el pacto se ajusta a la ley.

“Validez y eficacia legales del precio pactado en el contrato, por ausencia de error que vicie el consentimiento”.

Argumenta que atendiendo a los estudios realizados por la CNTV para la determinación del valor de la licencia de concesión, mediante los cuales se cuantificó un precio determinado, el cual se decidió en junta directiva de la comisión, precio que coincide exactamente con el fijado en el pliego de condiciones y en consideración a que

Caracol Televisión S.A., conoció la cifra propuesta por la CNTV y lo aceptó incondicionalmente, no existió error en el pacto del precio, pues el precio pensado, fue el mismo precio aceptado.

“Carencia de derecho de la convocante para reclamar el reembolso o restitución del precio pagado”.

Esta excepción se invoca como subsidiaria en el caso en que se declare la nulidad del pacto sobre la época en que debió hacerse el pago y apunta a que el pago realizado con anterioridad a la época en que según la convocante debía hacerse, es válido y no está sujeto a restitución por expresa prohibición legal del artículo 1552 del Código Civil que reza “lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución”, a lo cual se suma la previsión contenida en la cláusula octava del contrato de concesión que establece que el concesionario podrá cancelar en cualquier momento lo adeudado, sin exceder el plazo máximo que tiene para ese efecto.

“Ausencia de los presupuestos materiales o sustanciales para aplicar la teoría de la imprevisión”.

Para la demandada, no es dable aplicar la teoría de la imprevisión en el presente caso porque no se dan los presupuestos materiales previstos en el artículo 868 del Código de Comercio, ya que, en primer lugar, no se trata de una prestación calificada como de ejecución sucesiva, periódica o diferida, sino del pago dentro de un plazo, del precio por una licencia de concesión; en segundo lugar no se presenta la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, por el contrario se trataba de situaciones previsibles, que Caracol Televisión debió prever y que al no hacerlo se expuso a ellas de manera imprudente; en tercer lugar, las circunstancias invocadas por Caracol Televisión, no son posteriores a la celebración del contrato y finalmente, para que opere la teoría de la imprevisión es necesario que se altere o agrave la prestación de una de las partes resultando excesivamente oneroso su cumplimiento lo cual no ha acaecido para la convocada.

B. Alegaciones de las partes

Precluida la etapa probatoria, en la audiencia llevada a cabo el día 27 de agosto de 2001, los señores apoderados, tanto de la convocante como de la convocada, así como el señor agente del Ministerio Público, hicieron uso de la palabra y expusieron sus alegaciones, allegando versión escrita de las mismas.

A continuación se hará una breve síntesis de los temas tratados en cada uno de los alegatos.

Alegato de conclusión de Caracol Televisión S.A.

La convocante da inicio a sus alegaciones trayendo a colación algunas consideraciones generales acerca del error como vicio del consentimiento y las consecuencias del mismo en la validez de los negocios jurídicos, consignando sendas opiniones de doctrina nacional y extranjera sobre la materia, las cuales le sirven para afirmar que el error puede llegar a afectar el consentimiento, bien sea que provenga de una o de ambas partes del negocio.

Finalizadas las anteriores disquisiciones, la convocante aborda el estudio de las pretensiones incorporadas en la demanda que dio inicio a este proceso, haciendo una presentación general de las mismas, analizando las pruebas que, en su sentir, les dan sustento y concluyendo finalmente, que dichas súplicas están llamadas a encontrar éxito.

Así, en cuanto a la primera pretensión principal y su subsidiaria, estas son, las atinentes a la nulidad de algunos apartes de la cláusula octava del contrato de concesión 136, indica que en el literal “g” del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, se establece que el valor de la concesión será diferido en un plazo de dos años, norma que, según lo afirma Caracol, debe interpretarse con fundamento en lo establecido por los artículos 27 y 28 del Código Civil, atendiendo su tenor literal y siguiendo el sentido natural y obvio de las palabras que allí se encuentran. Para la convocante, del precepto legal en mención se desprenden dos consecuencias, a saber: La primera, que el pago debía hacerse al cabo de los dos años y, la segunda, que “... la ley no prevé el pago de intereses durante el término del diferimiento. Ello es una consecuencia obvia de diferir el pago. Lo que debe pagarse a los dos años es el valor de la concesión; y ese “valor” es el que fue establecido en el pliego de condiciones; como la ley establece que el pago del precio es a los dos años, su conocimiento se presume por la CNTV”, a lo cual hay que agregar que al ser el precio exigible a los dos años, pues no era procedente el pago de intereses, dado que el precio se había calculado para los diez años de duración de la concesión. Ello, según indica, obliga a que se declare la nulidad relativa de las mencionadas estipulaciones contractuales, en las que se previó, por una parte, que el pago se realizaría durante los

dos años siguientes a la suscripción del contrato y, por otra, el pago de intereses.

En lo que respecta a la segunda pretensión principal, esto es, la que apunta a obtener la declaración acerca de que el valor de la concesión es de sesenta y dos mil seiscientos doce millones de pesos (\$ 62.612.000.000) y no el pactado en el contrato, lo cual, en su sentir conlleva la existencia de un error al pactar la cláusula 7ª del contrato y su consecuencial nulidad relativa. El error lo hace consistir la convocante en que la CNTV se equivocó en los cálculos realizados para determinar el valor de la licencia, pues se hicieron proyecciones de crecimiento del PIB “demasiado optimistas” y ello condujo a que las proyecciones de ventas para los canales fueran “sobredimensionadas”. Afirma que Caracol y RCN también se equivocaron al hacer sus estimativos de prefactibilidad, lo cual hace que exista error en ambos sujetos contractuales y, por ende, implica que el consentimiento se encontrara viciado al momento de suscribir el contrato.

Ahora, en cuanto a la pretensión subsidiaria de la segunda principal, esto es, la que toca con la existencia de un error de cuenta en el valor de la concesión, señala la convocante, después de acudir a doctrina foránea, que este se da en el presente caso por el cambio de pesos a dólares y nuevamente a pesos, puesto que “... se tomaron dólares de junio, que representaban pesos de septiembre y se volvieron a pasar a pesos de septiembre de 1997...”, lo cual significa, en su parecer, que “se duplicó la precaución y por lo tanto se sumó dos veces la inflación...”, habiéndose, en consecuencia, presentado por parte de la CNTV el incumplimiento de su obligación de presentar cifras reales y elementos de juicio veraces, debiendo declararse la nulidad relativa o error de cálculo de la demandada, el que, además, amerita ser corregido.

Aborda después el estudio de la tercera pretensión principal que atañe a la existencia de hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenas a la demandante, que implican, según lo indica la convocante, la necesidad de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión.

Después de hacer algunas consideraciones en torno a la teoría de los contratos de adhesión y sus implicaciones con la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, afirma que en materia de contratos estatales el contratista generalmente se adhiere a las cláusulas prefijadas, sin que haya lugar a discusiones en torno al contenido del negocio, pues el primero se limita a aceptar las estipulaciones negociales previamente diseñadas por el Estado. A partir de ello, la convocante pone de presente la teoría que llama “de las expectativas razonables del contrato”, según la cual se “... entiende que las partes están vinculadas por los términos del formulario tal como razonablemente esperan que estén redactados, con independencia de lo que realmente exprese...”. Esas expectativas del adherente, según lo afirma la convocante, deben ser respetadas pues no se trata de un derecho eventual, sino del mismo contenido prestacional del contrato, que no está reflejado por escrito, pero que debe ser determinado judicialmente a partir de la creencia creada por el oferente y en la que pudo confiar el adherente. Para Caracol, el contrato de concesión que ocupa nuestra atención, es un típico caso de contrato por adhesión y por ello, debe tener todas las implicaciones de la teoría expuesta por aquella, la cual se acaba de reseñar.

Continúa su disertación el apoderado de la convocante sobre el equilibrio financiero del contrato estatal, valiéndose para tal efecto de enseñanzas jurisprudenciales y doctrinarias, así como de las normas que consagran dicho principio en la Ley 80 de 1993. Afirma que el equilibrio económico del contrato de concesión 136 se rompió por hechos y circunstancias posteriores, imprevistas, imprevisibles y ajenas a Caracol, que han traído como consecuencia que el contrato se haya ejecutado en condiciones más difíciles y onerosas para el concesionario. Después de revisar los requisitos que según jurisprudencia y doctrina deben estructurarse para que se predique la teoría del restablecimiento económico del contrato y de la imprevisión, afirma que en este caso “El contrato demandado se ha vuelto excesivamente oneroso en su desarrollo para el demandante, a punto tal que se ha roto el equilibrio financiero del mismo, originado en graves circunstancias sobrevinientes y excepcionales, tales como la crisis económica colombiana, la vertiginosa caída del producto interno bruto, PIB, y la notable disminución de la inversión neta de publicidad en televisión, INPT, cuyos índices han reflejado valores muy por debajo de los estimados y proyectados...”.

Manifiesta que para efectos de dar aplicación a la teoría de la imprevisión, lo que importa es que el contrato sea de ejecución o de tracto sucesivo, independientemente del momento en que se efectúe el pago de las prestaciones derivadas del mismo, aspecto que, según lo indica, es pacífico a nivel doctrinario.

A continuación procede a analizar los cálculos realizados por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, referentes al producto interno bruto y a la inversión neta en publicidad para televisión, los cuales, según el dicho de la convocante, no se están reflejando ni cumpliendo en la realidad. Señala que al revisar las cifras indicadas por los peritos, se encontraron inconsistencias en las proyecciones y cálculos tenidos en cuenta para fijar el precio de la licencia, todo lo cual, hace que nos encontremos “frente a un incumplimiento de la CNTV en la presentación de los elementos de juicio reales y veraces con base en los cuales los oferentes establecerían sus costos y en consecuencia, el precio contractual ofrecido y pagado como valor de dicha licencia para la operación y explotación de un canal nacional de operación privada...”.

Prosigue señalando que en los estudios realizados por la CNTV y por la propia convocante no se previó la crisis económica por la cual está atravesando el país, la cual ha venido siendo reconocida por la propia demandada, pues esta le ha concedido alivios a los programadores de los canales nacionales Uno y A mediante resoluciones proferidas durante los años 1999 y 2000. Algunas de esas resoluciones se acompañan al alegato.

Caracol indica igualmente que esta pagó por entrar a explotar un negocio que tenía unos potenciales de ingresos o de ventas en un mercado, el cual se ha reducido por circunstancias no previstas y no imputables a ella, trayendo como consecuencia que sus ingresos se hayan reducido, para lo cual trae a colación varias cifras relacionadas con las proyecciones de inversión neta en publicidad y la realidad que ha arrojado el mercado.

Por último, luego de hacer varios comentarios al *arbitrium judicis*, a la equidad y a los poderes de ordenación e instrucción con que cuentan los jueces, Caracol propone varias fórmulas que permiten cuantificar el desequilibrio económico que ha sufrido el contrato de concesión 136 y que, según lo manifiesta la convocante, hacen viable su restablecimiento.

Alegato de conclusión de la Comisión Nacional de Televisión:

Se inicia el alegato haciendo una reseña de los hechos que precedieron el proceso licitatorio que culminó con la celebración del contrato 136 de concesión del canal nacional de televisión de operación privada 2. Dentro de los mencionados antecedentes, destaca la entidad convocada los estudios realizados por las firmas Inversiones e Ingeniería Financiera, IIF, y el instituto SER atinentes al valor de la concesión, las diferencias, discusiones y análisis que en torno a estos se presentaron y la decisión adoptada de manera unánime por la CNTV, en sesión del 16 de junio de 1997, respecto al precio que se cobraría por la concesión de los canales privados.

Indica la entidad pública convocada que Caracol adquirió el pliego de condiciones y participó en todo el proceso de selección sin manifestar inconformidad o desacuerdo sobre el régimen tarifarlo que se hallaba previsto en el pliego y en la minuta del contrato, formulando su respectiva propuesta en la que manifestó conocer y aceptar todas las condiciones requeridas para la contratación. Dice la convocada que al momento de suscribirse el contrato de concesión, la convocante manifestó su total asentimiento respecto del precio del contrato y su forma de pago.

La convocada afirma que el presente Tribunal de Arbitramento está en imposibilidad de decidir acerca de la pretensión primera de la demanda relativa a la nulidad absoluta de algunos apartes de la cláusula 8ª del contrato de concesión, porque, en primer lugar, la definición que acerca del arbitraje trae la legislación colombiana parte de la base que el conflicto sometido a conocimiento de los árbitros ostente el carácter de transigible y la nulidad de un contrato estatal por ilicitud en su objeto o en su causa es un asunto que afecta el orden constitucional y el interés público, ya que está de por medio la prestación del servicio público de televisión, lo cual implica que estamos en presencia de una controversia que no puede ser objeto de transacción y, desde luego, tampoco es susceptible de ser resuelta por árbitros; y, en segundo lugar, porque entre el contrato de concesión cuya nulidad de una de sus cláusulas se pretende y la resolución por medio de la cual se adjudicó la licitación pública nacional 3 de 1997, existe una relación de causa a efecto, pues, según la convocada, la nulidad deprecada por Caracol no data desde el contrato sino desde el pliego de condiciones sobre el cual se adjudicó la licitación, por lo cual, no pueden los árbitros resolver sobre la nulidad de las cláusulas sin analizar la validez de los actos previos al contrato.

Ahora, dejando de lado el tema de la competencia del tribunal, la convocante señala que la pretensión de nulidad absoluta no está llamada a prosperar, puesto que, en su sentir, Caracol le está dando al literal “g” del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 una interpretación gramatical que no se ajusta a las diversas previsiones establecidas en la

citada ley. Indica que en parte alguna "... la ley prohibió que el pago de la licencia por la concesión se hiciera por cuotas; la limitante está en que esas cuotas, esos instalamentos no pueden superar un plazo de dos años"; además, si el legislador hubiese querido que la licencia por la adjudicación de la concesión se pagará después de transcurrir dos años desde la suscripción del contrato, así lo habría consignado. En cuanto al pacto de intereses, señala que no existe norma que los prohíba expresamente, por lo cual estos pueden pactarse libremente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, máxime si la CNTV tiene la obligación de proteger los recursos del Estado y los intereses son precisamente una forma de hacerlo. Por último, indica que en materia de nulidades absolutas la jurisprudencia y la doctrina enseñan que su interpretación debe ser restrictiva, por lo cual las causales deben aparecer fehacientemente sin que sea posible ampliar "... el claro e inequívoco sentido que la ley la da a las precisas causales sobre el particular ...".

Manifiesta así mismo que en caso de prosperar la pretensión de nulidad absoluta, no puede haber lugar a ningún tipo de restitución, pues no se ha demostrado ni que la CNTV se haya beneficiado de los recursos cancelados por Caracol, ni que los haya utilizado para satisfacer un interés público, tal como lo exige el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

En lo que toca con la nulidad relativa que igualmente pretende se declare la convocante, afirma la CNTV que esta no tiene cabida en el presente caso puesto que el error sobre el valor de la prestación es uno de los errores llamados doctrinalmente como "indiferentes", que no conllevan la invalidación del negocio jurídico.

Por otra parte, la CNTV señala en su alegato que en la controversia que ocupa nuestra atención no se dan los presupuestos para que opere la teoría de la imprevisión, toda vez que ninguno de los requisitos que se desprenden del artículo 868 del Código de Comercio aparecen demostrados en el proceso. Así, manifiesta que no estamos en presencia de un contrato conmutativo y de ejecución sucesiva, sino de un contrato de ejecución instantánea con pago diferido; que no se han presentado circunstancias extraordinarias ni imprevisibles, pues la economía colombiana venía presentando síntomas de desaceleración desde 1995 y Caracol estaba en capacidad de prever la influencia que ello tendría en el negocio de la televisión; y, que la convocante no ha tenido que soportar ningún tipo de onerosidad excesiva en la ejecución de las obligaciones a su cargo, pues, en su opinión, los elementos de juicio obrantes en el proceso demuestran que Caracol ha considerado la concesión como un buen negocio.

En cuanto al desequilibrio económico alegado por la convocante, indica que la prestación de pago del precio surgida del contrato de concesión a cargo de Caracol, es una "... típica prestación de ejecución instantánea ...", por lo cual no se le pueden aplicar los presupuestos del desequilibrio económico.

Así mismo, señala que en su criterio el citado contrato de concesión ostenta el carácter de aleatorio y no puede ser considerado como conmutativo, basándose para ello en pronunciamientos arbitrales, por lo cual estima no puede haber lugar a restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Indica igualmente que si se aceptara la existencia de una equivocación en el precio acordado, esa circunstancia existía al momento de celebrarse el contrato y, por ello, no se constituye en una circunstancia sobreviniente, lo cual igualmente impide dar vía libre al restablecimiento económico del contrato. Ahora, en cuanto al daño antijurídico, elemento que, según lo expone la convocada, se constituye en el eje central de la responsabilidad patrimonial del Estado, bien sea contractual o extracontractual, señala la CNTV que no existe en este caso ningún daño irrogado a Caracol, conclusión a la que se llega después de analizar todos los factores que influyen en el precio de la concesión y los diversos conceptos recibidos por la convocante en la explotación del canal.

Finalmente, la convocada formula varias críticas al dictamen pericial, señalando que los peritos se extralimitaron en la aplicación de fórmulas de cálculo de intereses distintas a las legalmente autorizadas, efectúan liquidaciones no solicitadas y llegan a conclusiones que, en su parecer, no gozan de sustento, siendo para la convocada lo más grave que el trabajo se sustenta en unos estados financieros que "... no corresponden a los reales, ni parten de la misma fuente primaria de información contable de la que parte el balance real de la convocante, por lo que constituyen apenas un ejercicio hipotético, como lo admiten los mismos peritos, y no un reflejo de la real situación financiera de Caracol ...".

La CNTV culmina su alegato indicando que no se encuentran probados los fundamentos fácticos de las pretensiones formuladas por Caracol, y, por el contrario, las excepciones de mérito propuestas por la convocada

están llamadas a prosperar.

Concepto del Ministerio Público

El señor procurador noveno judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, designado para intervenir en el presente proceso arbitral, solicita desestimar las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El valor de la concesión, estuvo precedido de estudios serios para tomar una decisión razonable, conocidos por el concesionario desde la apertura de la licitación, así como del pliego de condiciones, suscribiendo bajo estos presupuestos el contrato de concesión. Las calidades del concesionario hacen suponer que conocía el negocio y el debió prever las realidades económicas que atravesaba el país.

Lo cancelado por Caracol fue estrictamente el otorgamiento de la concesión y no la explotación de la misma, siendo de su pleno conocimiento la ley aplicable ordinal c) artículo 48 Ley 182 de 1995.

El plazo en el pago de la concesión que aparece en el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 comporta que pueda efectuarse en el curso de dos años, estando prohibido que se extienda más allá de los dos años, encontrando ajustado a derecho el pago de intereses por el valor diferido de la concesión, mientras no exceda el permitido por la ley.

Respecto al vicio del consentimiento, mal puede alegarse por cuanto el concesionario libremente aceptó el precio, bajo el entendimiento de los riesgos propios del mercado, en una economía oscilante como la de la Nación colombiana.

No puede aceptarse la teoría de la imprevisión por cuanto Caracol adelantó estudios económicos y financieros. Caracol ha debido prever los riesgos del negocio y se expuso a ellas de manera consciente y libre.

La carencia o la disminución de la utilidad esperada por la explotación de un bien público, es, pues, totalmente ajena al otorgamiento de la concesión.

II. Consideraciones del tribunal

A. Competencia

En el alegato de conclusión el señor apoderado de la Comisión Nacional de Televisión planteó que el tribunal carece de competencia para conocer de la pretensión “Primera (1ª) principal” y “Primera (1ª) subsidiaria”, en cuanto en ellas se plantea la nulidad absoluta de la cláusula octava del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136), otorgado a Caracol Televisión S.A., con respecto a la forma de pago del precio y a los intereses que ella señala.

Esta circunstancia impone al tribunal revisar la decisión que en materia de competencia adoptó en la audiencia celebrada el día 4 de diciembre del 2000. (acta 3, auto 3), decisión recurrida y confirmada según consta en el acta 4, auto del 5 del 11 de diciembre de 2000.

Sea lo primero precisar que el tribunal se encuentra dentro del término para pronunciarse sobre la competencia, a pesar de la decisión adoptada a que se hizo alusión y, por consiguiente, procede a continuación a resolver estos asuntos.

El tribunal precisa que, tal como se ha definido desde el punto de vista legal y jurisprudencial, el proceso arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual las partes sustraen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria las controversias susceptibles de transacción.

La Constitución Política, en su artículo 116, exige como condición esencial de la justicia arbitral que sea la voluntad de las partes, la que la estatuyen dentro de los términos y limitaciones legales.

Se tiene que en el caso de autos los partes pactaron la cláusula compromisoria.

Dicha cláusula compromisoria permitiría al Tribunal de Arbitramento asumir competencia para conocer de este litigio.

Sin embargo, el tribunal considera que las controversias que no sean transigibles, es decir que no sean susceptibles de transacción por recaer sobre derechos que no pueden comprometerse o disponerse, no son objeto de su conocimiento.

Con fundamento en estas apreciaciones el tribunal declara que no es competente para pronunciarse sobre la pretensión primera principal y sobre la primera subsidiaria planteadas por la convocante, en cuanto solicita se declare la nulidad absoluta de determinados apartes de la cláusula octava del contrato por no ser ellas susceptibles de transacción.

En virtud de esta decisión tampoco es procedente manifestar sobre las pretensiones consecuenciales de la primera pretensión principal y de la primera pretensión subsidiaria, distinguidas en cada caso con los numerales II, derivadas de la declaración de la pretendida nulidad absoluta de la cláusula octava del contrato.

Las pretensiones:

B. Pretensión primera principal

Hechos invocados en la demanda por la convocante en sustento de dicha pretensión y las alegaciones correspondientes

Sostiene el accionante que el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 al establecer que la tasa o contribución de la adjudicación de la concesión del canal “será diferida en un plazo de dos años” determinó que el precio que señalara la CNTV solo podía ser pagado en un contado al vencimiento del término y que un error de apreciación, “error de hecho” indujo a su representada a aceptar la forma de pago establecida en los pliegos y en el contrato. Para el accionante la inteligencia del asunto se reduce a determinar el alcance de la expresión “diferido” que contiene la norma y cuyo sentido gramatical indica que el pago debería hacerse solamente al vencimiento del plazo a que alude la norma, esto es, a los dos años de celebrado el contrato.

En apoyo de su petición, al hacer las consideraciones generales en el alegato, sostiene que el error como causal de nulidad de la contratación estatal está contemplado en la Ley 80 de 1993, específicamente en los artículos 46 y 47. Trae además a colación criterios doctrinales relativos al error como vicio del consentimiento, dentro de los cuales se destaca el de Alessandri en el sentido que el error es “el concepto equivocado de la ley, de una persona o cosa es el falso concepto de la realidad”; el de Cariota que señala que “tal error no implica que el declarante no emita una declaración que no corresponda a su voluntad por una equivocación material (*lapsus*) o un error en el significado de la declaración (manifestación) sino que por el contrario, la declaración se entiende y emita plena y rectamente: la declaración corresponde a la voluntad, es esta la que, en el error vicio, se ha formado indebidamente”; y Ospina Fernández, quien afirma que el falso concepto de la realidad (error) proviene en la mayoría de los casos de la ignorancia.

Para resumir su criterio, afirma la convocante que “el error de hecho en la aplicación de la palabra diferir llevó a pactar un pago de manera diferente al cual y como adehala se agregaron intereses”, y añade que el significado gramatical de “diferir” equivale a retrasar, aplazar, postergar, posponer o suspender la ejecución de una cosa y, por tanto, el alcance de la norma es que el pago de la concesión solo debía realizarse al finalizar el término que ella señala.

Hechos y alegaciones invocados por la convocada en relación con la misma pretensión y las excepciones

A juicio de la Comisión Nacional de Televisión el sentido del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 no puede precisarse con el análisis gramatical de la expresión diferir, que aquí tiene un carácter técnico, sino del texto completo que es “diferido en un plazo de dos años” (expresión que debe ser interpretada en forma sistemática y ontológica de las diversas previsiones establecidas en la citada ley. Sostiene, además, que en parte alguna la ley prohíbe que el pago por la concesión se haga por cuotas. En su criterio, la limitante está en que esas cuotas, esos instalamentos no pueden superar un plazo de dos años. No se trata, pues, como lo quiere la convocante, que el

pago de la licencia por la concesión deba hacerse a los dos años de suscrito el contrato, sino que ese pago se haga dentro de los dos años siguientes al contrato, en la forma que lo acuerdan las partes. Así las cosas, puede decirse que la expresión que en esta oportunidad interesa no es la de “diferir” sino aquella que señala que ello se hará “en” dos años. Ese “en” debe entenderse como un “dentro de” y no como un “a los”, como lo quiere hacer notar la convocante”. Y más adelante agrega que “si el legislador hubiera querido que la licencia por la adjudicación de la licitación se pagara a los dos años de suscrito el contrato, así lo hubiera expresamente consignado.

Para el tribunal es lo primero indicar que ambas partes coinciden en que el literal g) del artículo 5º, transcrito comporta una clara prohibición legal en el sentido que limita a un término de dos años el pago de los derechos, tasas o tarifas a cargo del concesionario por el otorgamiento y la explotación de la concesión. Es claro que la forma como está regulado en el contrato no transgrede dicho término. La diferencia de criterio de las partes consiste en que para la convocante el pago, en virtud de esta disposición, solo podía exigirse al vencimiento del término; mientras para la convocada la norma permitía regular el pago por instalamentos dentro del mismo, como en efecto quedó establecido en el contrato.

En efecto, la lectura cuidadosa de la norma legal citada y de la cláusula octava del contrato, permite afirmar que no hay violación de la ley en esta, y que las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad bien podían pactar, como en efecto convinieron, el pago por instalamentos del precio de la concesión.

Este principio de la autonomía de la voluntad, recogido en la contratación estatal en la Ley 80 de 1993, que establece que la relación contractual entre el Estado y el particular “descansa sobre la autonomía, determinación y autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituye la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa” (Exposición de motivos del proyecto de ley de contratación estatal —L. 80/93—).

El principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación estatal ha sido desarrollado por la jurisprudencia en diferentes pronunciamientos, entre otros cuando se afirma:

“Dentro del marco de la autonomía de la voluntad, principio orientador del negocio jurídico y, no existiendo norma legal que lo prohibía, bien pueden las partes contratantes pactar multas para sancionar el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de las obligaciones contratadas” (Sent., ago. 15/96. C. E., Exp. 8358. Sec. Tercera).

De otra parte, tanto en los pliegos de la licitación (punto 3.1, cap. III, sec. III), como en el contrato mismo (cláusulas séptima y octava), el precio y la forma de pago que desarrolla la norma invocada es inequívoco. En efecto, no puede argüirse error alguno derivado de vacío o contradicción entre los textos mencionados en relación al precio y las condiciones para su cancelación. Ello, además, explica el por qué ni en la audiencia de precisión de términos celebrada el día 29 de septiembre de 1997; ni con posterioridad a ella dentro del cierre de la licitación; ni en la propuesta presentada por el oferente; ni a la firma del contrato, ni tampoco durante la cancelación de los distintos instalamentos, la convocante cuestionó los términos de la cláusula correspondiente al precio o a su forma de pago. Por el contrario en la presentación de su oferta dijo conocer el pliego en todas sus condiciones e hizo manifestación de su aceptación expresa del valor de la concesión y de su forma de pago (ver carta de presentación de la oferta y de aceptación de los términos del pliego).

En conclusión, y a juicio del tribunal, el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, faculta a la comisión para determinar los derechos que el concesionario debe pagar por la adjudicación de la concesión y permite que el pago de los mismos se realice por instalamentos dentro de los dos años señalados por la norma como límite. No hay, por tanto, contradicción entre la disposición legal y la cláusula pactada. De otra parte, el texto del contrato es absolutamente claro al establecer tanto el precio (cláusula 7ª) como la forma de pago del mismo (cláusula 8ª).

Visto lo anterior, el tribunal estima que no está llamada a prosperar la pretensión de nulidad relativa predicada con relación a la forma de pago del precio, como tampoco las pretensiones consecuenciales que aparecen en el mismo

acápites y así se dirá en la parte pertinente de este laudo.

Pretensión: subsidiaria de la primera principal

Consideraciones de la convocante

El raciocinio de la convocante sobre este particular se reduce a sostener que de aceptarse que el pago debería hacerse al finalizar el término de dos años señalado en el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, y no dentro de dicho término como lo dispone la cláusula octava del contrato, no habría lugar, por consiguiente, a cobrar intereses corrientes como quedó estipulado en la misma.

Al respecto sostiene:

“a) El pago debía hacerse al cabo de los dos años;

b) La ley no prevé el pago de intereses durante el término de diferimiento. Ello es una consecuencia de diferir el pago. Lo que debe pagarse a los dos años, es el valor de la concesión; y “ese valor” es el que fue establecido en el pliego de condiciones. Como la ley establece que el pago del precio es a los dos años su conocimiento se presume por parte de la CNTV, y

c) El precio solo era exigible a los dos años, y por tanto no había causa para el pago de intereses dado que el precio estaba calculado para los diez años de la concesión”.

A continuación el demandante manifiesta que el incorporar intereses trajo como consecuencia un aumento indebido en el precio de la concesión y pasa a establecer la diferencia con fundamento en las respuestas que con relación a este punto dieron los peritos al responder el cuestionario formulado por él.

Consideraciones de la convocada

En relación a este punto la CNTV sostiene que el entendimiento de las partes sobre la cláusula del contrato, en la que se pactaron los intereses corrientes liquidados sobre los saldos de los correspondientes instalamentos, fue aceptado por el concesionario sin reparos durante la etapa precontractual y contractual. Y agrega: “...Rara vez el legislador consigna una advertencia tan obvia dentro de cualquier esquema financiero El análisis que debe hacerse es justamente el contrario al propuesto: al no existir norma expresa que hubiera prohibido el pacto de intereses en el contrato 136, entonces las partes, en aras de la autonomía de la voluntad expresamente respetada para el caso de los contratos estatales en la primera parte del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, podrían pactarlos sin que dicho pacto vulnerara norma legal alguna o estuviera afectada de nulidad”.

Sostiene igualmente la CNTV que en esta materia el Consejo de Estado ha reiterado la causación de intereses, tanto corrientes como moratorios cuando se trate de obligaciones a plazo o cuando estos estuvieren vencidos, según el caso.

El tribunal estima, por otra parte, que la convocante no da cuenta expresa de prohibición legal alguna para el pago de intereses dentro del plazo señalado por la norma, (L. 182/95, art. 5°, lit. g). Simplemente, interpreta en su criterio que el pago, solo podía exigirse al concluir el período indicado de dos años.

Para efectos del análisis, poco importa aquí si la ley autoriza o no el pago por instalamentos dentro del plazo, o si este debía realizarse al vencimiento de los dos años. Lo que hay que determinar es si la obligación del pago a plazos podía o no dar lugar al reconocimiento de los intereses.

Del tribunal

El tribunal considera que el pago de intereses comporta dos componentes bien conocidos por doctrinantes y jurisperitos, a saber, que todo capital adeudado genera intereses, de una parte, y de otra, que, además, los intereses son salvaguardia del valor dinerario, sujeto al proceso paulatino de depreciación monetaria. Por otro aspecto, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad bien podían las partes convenir un pacto de intereses al celebrar el contrato.

De otro lado, el texto mismo de la cláusula *sub examine* no crea confusiones ni equívocos, ni deja vacíos que permitan predicar algún error en el que pudiese haber incurrido la convocante.

En consecuencia, no está llamada a prosperar la pretensión primera subsidiaria en cuanto a la nulidad relativa, predicada respecto al señalamiento de intereses, ni tampoco prosperan las consecuenciales pretensiones, incorporadas en este acápite. Así se dirá en la pertinente del presente laudo.

C. Pretensión segunda principal

Como la pretensión se encuentra estructurada bajo el concepto de que se incurrió en error como vicio del consentimiento en la cláusula séptima del contrato 136 de 1997, el tribunal, en primer lugar, debe acercarse a su concepto legal, doctrinal y jurisprudencial. Desde el punto de vista legal, el artículo 1502 del Código Civil determina que uno de los requisitos para que una persona se obligue para con otra, es “... que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”.

Por su parte, el artículo 1508 *ibídem* determina el error como uno de los vicios del consentimiento, y los artículos 1509 y siguientes, clasifican el error en cuanto a la naturaleza del acto, la calidad del objeto y la persona.

Pero para efectos del estudio que nos corresponde, bástenos aproximarnos a la definición que de error trae la doctrina: Giorgi, define el error como “...una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas”⁽¹⁾. Savigny lo define como “...el estado intelectual en el cual la idea de la realidad de las cosas está obscurecida y oculta por un pensamiento falso”⁽²⁾.

Por su parte, Castex Arauz dice que “...si para formar el contrato se requería el consentimiento de las partes, es decir, el sentimiento común (*de cum sentire*) que lleva a cabo una de las partes a adherir al sentimiento de la otra, se entendía que quedaba roto ese consentimiento, cuando la voluntad de alguno de los contratantes se había formado mediante error, dolo o violencia. Sin duda el contrato, como acto voluntario que es, requiere en las partes una voluntad sanamente elaborada, de tal manera que si ella está herida o resentida en alguno de sus elementos —discernimiento, intención o libertad— no puede considerarse que el consentimiento ha sido válidamente formado”⁽³⁾.

Por su parte, el tratadista Zuleta Ángel afirma que “Quien alega un error debe probar: 1. que creyó que la cosa tenía determinada calidad y esa creencia tuvo un carácter determinante; 2. que el motivo de contratar fue esa creencia; 3. que el carácter determinante de esa creencia fue conocida o lo debió ser por el otro contratante. Efectivamente, el precepto comentado, expresa: “El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

El profesor Álvaro Pérez Vives en su obra *Teoría general de las obligaciones*, a su vez afirma que “De conformidad con la doctrina de la Corte colombiana, que en esto sigue a Jossierand, Celice y la jurisprudencia francesa, el error debe reunir las siguientes características, para que sea causal de nulidad del negocio jurídico: 1. Que sea propulsor de la voluntad. 2. Que sea compartido y, 3. Que sea excusable. Sobre el primero de los anteriores requisitos ya nos pronunciamos a espacio. El significa, ni más ni menos, que solo el error que tiene las calidad de propulsor o determinante de la voluntad, aquel que presenta como el motivo que llevó a una parte a contratar, produce la nulidad del acto jurídico”.

La jurisprudencia, por su parte ha expresado: “Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio del consentimiento consistente en error sobre identidad específica de la cosa (art. 1510 *in fine*), es necesario la prueba de tres elementos, a través de los cuales el juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes; que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad; y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar”. (cas., 25, de agosto 1936 G.J. 1918, pág. 425).

Y en otro pronunciamiento, afirmó: “La demanda alega error como fuente de varias de las acciones que formula. Cuando en un juicio se invoca tal elemento, se parte del principio de que ha sido algo distinto lo que se ha querido o entendido o creído contratar. Por tanto, lo primero que ocurre es inquirir qué es ese algo distinto, y solo después de hallarlo establecido, en su caso, es cuando procede estudiar si la discrepancia entre ello y lo contratado es determinante, ya por su calidad, ya por su magnitud, de vicio en el consentimiento”. (cas., mar. 30/36. G.J. 1911. pág. 748).

En la demanda, la convocante estructura su pretensión aduciendo que hubo error al pactar la cláusula séptima del contrato de concesión 136 de 22 de diciembre de 1997 y que, por consiguiente, la misma está viciada de nulidad relativa; en ese sentido, el valor de la concesión ha debido ser de sesenta y un mil seiscientos doce millones de pesos (\$ 61.612.000.000) y por lo tanto la convocada debe restituir, con sus frutos, la diferencia entre lo efectivamente pagado y la cifra que estiman como el valor real de la concesión.

La convocante reclama que el valor de la concesión no es el que se señaló en el contrato sino uno inferior, por cuanto, en su opinión, el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera IIF, que sirvió de soporte para la determinación del mismo por parte de la CNTV, resultó erróneo, toda vez que con el transcurrir del tiempo se logró comprobar que las proyecciones calculadas no se cumplieron en la realidad.

Desde este punto de vista, entonces, corresponde al tribunal determinar, en ese supuesto, si tales estudios eran errados o equivocados en su momento y si contenían cifras, datos y/o proyecciones erradas o inexactas de una parte, y de la otra, si ellas llevaron a la comisión a incurrir en error al determinar el valor de la concesión.

El estudio, teniendo en cuenta comportamientos reales de la economía en el pasado y utilizando una metodología adecuada, realizó unas proyecciones económicas relativamente válidas en su momento que correspondían a diversos escenarios o alternativas. Ahora bien, que ese crecimiento económico no se hubiera dado en la realidad tal y como estaba proyectado, no significa que el estudio se hubiere hecho de manera equivocada, sino que el entorno económico posterior evolucionó de una manera diferente, deviniendo en la crisis económica tratada en acápite posterior.

De las jurisprudencias y doctrinas anteriormente transcritas se concluye que el error como vicio del consentimiento consiste en el desacuerdo entre la mente y la realidad que lleva a uno o a varios contratantes a expresar su voluntad sobre la base de unos supuestos errados o falsos al momento de contratar, vale decir, concomitantes con dicha circunstancia.

Así las cosas, si asumiéramos —como lo pretende la convocante— que el precio fue determinado exclusivamente por el estudio de IIF, no habría en ese caso error en el mismo por cuanto, como se manifestó en su momento, las proyecciones de tal estudio y de cualquiera que se hubiera hecho en ese momento, se habrían frustrado en vista de la situación económica que se presentó con posterioridad, tal como ya se indicó.

Por consiguiente, se repite, si no hubo error, no es viable declarar la nulidad relativa de la cláusula séptima del contrato alegada por la convocante, razón por la cual la pretensión por este aspecto será rechazada.

Corresponde, ahora, al tribunal determinar si las proyecciones contenidas en el estudio, por sí solas, determinaron o no el valor de la concesión, o en otros términos si ellas indujeron a error a la comisión al determinar el valor de la misma.

Para responder a dicho interrogante, debe empezarse por determinar si para fijar el precio de la concesión, la CNTV se basó únicamente en el citado estudio de IIF. Para el efecto debe señalarse, en primer lugar, que el valor de la concesión no podía ser determinado de cualquier manera, porque las leyes que regulan la materia, muy especialmente la Ley 182 de 1995 le señalaban a la CNTV una serie de elementos que debían ser tenidos en cuenta para tales propósitos.

En efecto, el artículo 5° de la citada ley precisa lo siguiente:

“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.

(...).

Los derechos, las tasas y tarifas deberán ser fijadas por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per capita 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 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”.

A tales elementos se refirió el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera IIF, con sus respectivas actualizaciones y conceptos, solicitados todos ellos muy juiciosamente por la CNTV en su ánimo de acertar en su cometido. No obstante, tal y como se deduce de las pruebas que obran en el expediente: El dictamen pericial, el acta de adjudicación, y de la misma demanda, la determinación del precio no se basó exclusivamente en el aludido estudio.

En primer lugar el dictamen pericial, en el cual los expertos al responder la pregunta quinta en el segundo párrafo señalan que “de los escenarios de valoración propuestos en el estudio el que más se acerca a la cifra adoptada para el valor de la concesión tiene un valor de \$ 103.306 millones en el cuadro 16 y corresponde a una cobertura de 30.000 habitantes...” (el resaltado es del tribunal).

En segundo término, el acta 259 de la Sala Plena de la Comisión Nacional de Televisión de 16 de junio de 1997, sesión en la cual se determinó el valor de la concesión, tampoco alude al estudio en particular, pero da noticia de una serie de análisis que fueron tenidos en cuenta por los comisionados en las cuales se hace mención a los estudios, conceptos, cálculos y a otras recomendaciones para luego con fundamento en todo ello, determinar el valor de la concesión en la suma de noventa y cinco millones de dólares.

Dice así el acta mencionada en su parte pertinente:

“La junta directiva, previa deliberación del cálculo arrojado por los estudios de las universidades antes citadas, y teniendo en cuenta las deliberaciones efectuadas en las horas de la mañana, determinó el valor de noventa y cinco millones de dólares, como precio de la concesión a cada uno de los canales nacionales de operación privada”.

Finalmente, se ratifica lo dicho atrás con lo que se afirma en la demanda en el sentido de que en las actas “...no se encuentra una referencia explícita de las propuestas de los comisionados con los datos presentados por los estudios de Inversiones e Ingeniería Financiera...”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, para el tribunal resulta claro que si el estudio tantas veces aludido de Inversiones e Ingeniería Financiera, IIF, no determinó con precisión el precio, no pudo entonces inducir a error a la comisión como lo pretende la convocante.

De otro lado, debe anotarse que en parte alguna del proceso, está establecido que el aludido estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera era parte de la licitación o del contrato. Lo probado, es precisamente lo contrario, es decir, que tal estudio de IIF no fue integrante de los documentos contractuales. En efecto, el estudio de IIF fue un elemento de formación del criterio valorativo del precio fijado para la concesión por la Comisión Nacional de Televisión, como se concluye de los testimonios recibidos, más no el único. La convocante realizó sus propias

proyecciones las cuales hicieron parte de su oferta en la licitación y las que le sirvieron de base para participar en el trámite licitatorio.

Luego, si el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera no determinó de manera precisa el precio de la concesión, ni el mismo hizo parte de la licitación o del contrato, mal puede alegarse por la convocante ahora la existencia de error alguno en que hubiera incurrido con base en dicho estudio, razón por la cual esta pretensión deberá rechazarse como se dirá adelante.

Subsidiaria de la segunda principal

Respecto de esta pretensión, la convocante solicita que se declare que el valor de la concesión, a la época del contrato, era de \$ 102.656.000.000 y no la suma de \$ 117.973.850.000; y que como consecuencia de ello, se declare que hubo error al pactar la cláusula séptima del contrato de concesión 136 de 1997, se declare la nulidad relativa de dicha cláusula y que a manera de restablecimiento del derecho, se le restituya la diferencia resultante, junto con sus frutos.

La convocante hace consistir esta pretensión en lo que ella denomina como un “error de cuenta”, que lo sustenta en el hecho de que “...el valor de la licencia se fijó el 16 de junio de 1997, fecha para la cual la tasa representativa del mercado estaba en \$ 1.080.59, y por consiguiente los US\$ 95.000.000 equivalían a \$ 102.656.000.000; sin embargo, el 18 de septiembre de 1997, cuando se expide la Resolución 424 de 1997 de apertura de la licitación 3 de 1997, la tasa representativa del mercado estaba en \$ 1.241.83, lo que determinaba el valor de la concesión en la suma de \$ 117.973.850.000”. La diferencia, entonces, que es de \$ 15.137.000.000, es estimada por la convocante como un error de cuenta que le debe ser reintegrado.

Para sustentar esta petición la convocante sostiene que el precio de \$ 102.656 millones adoptado por la comisión, había sido establecido en el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera a septiembre de 1997, fecha de apertura de la licitación. No obstante la Comisión Nacional de Televisión convirtió pesos de septiembre de 1997 a la tasa representativa del mercado de junio de 1997, para efecto de no perder su poder adquisitivo, es decir que tales pesos se convirtieron en noventa y cinco millones de dólares a esa fecha y luego la misma CNTV convirtió esa suma en pesos a la tasa representativa de septiembre de 1997, lo cual arrojó la suma de \$ 117.973.850 millones, superior en \$ 15.137 millones de pesos, al valor contemplado en el estudio cifra en que se estima el “error de cuenta” que le debe ser devuelto.

Estima el tribunal que la determinación del precio no ocurrió como lo afirma la convocante, y bástenos para ello hacer referencia a lo previsto en el pliego de condiciones que rigió el otorgamiento de la concesión: allí, en el capítulo 3° “régimen financiero”, en el punto 3, se dijo lo siguiente:

“Por la adjudicación de la concesión, cada uno de los concesionarios pagará una suma equivalente a noventa y cinco millones de dólares (US\$ 95.000.000). Esta suma se cancelará en pesos colombianos, utilizando como cambio la tasa representativa del mercado del 18 de septiembre de 1997 (1.241.83), fecha de expedición de la Resolución 424 de 1997, por la cual se ordenó la apertura de la licitación pública 3 del mismo año...”.

Por otra parte, en el “modelo de minuta de contrato ... de concesión” (anexo 2, formato 2), en la cláusula séptima, hace parte integrante de los pliegos de la licitación, que se refiere al valor de la concesión, se repite la forma de determinación del precio, arriba transcrita.

Merece también la pena resaltar el acta 259 de la Sala Plena de la Comisión Nacional de Televisión del 16 de junio de 1997, en donde se determinó el precio de la concesión de la siguiente manera:

“La junta directiva, previa deliberación del cálculo arrojado por los estudios de las universidades antes citadas, y teniendo en cuenta las deliberaciones efectuadas en las horas de la mañana, determinó el valor de noventa y cinco millones de dólares, como precio de la concesión a cada uno de los canales nacionales de operación privada”.

Analizados entonces los documentos antes mencionados, el tribunal concluye que tampoco le asiste razón a la convocante, por cuanto, en ningún caso, se incurrió en el denominado “error de cuenta”. La Comisión Nacional de Televisión fue muy clara, desde el primer momento, en determinar el valor de la concesión en una suma fija en

dólares de los Estados Unidos de América, y que su pago se haría en pesos colombianos liquidados a la tasa representativa del mercado del 18 de septiembre de 1997. Desde este punto de vista, no se puede hablar de que la convocada hubiera incurrido en error al proponer la cláusula séptima del contrato, puesto que, contrario a lo que se afirma, claramente se fijó el precio de la misma y la manera de su conversión a pesos colombianos. Dicho en otras palabras, la convocante supo desde el primer momento, el valor y la forma de convertibilidad del precio de la concesión a pesos colombianos, y por consiguiente no lo puede alegar válidamente ahora que incurrió en error en este punto, al perfeccionar el contrato.

Adicionalmente a lo anterior, es preciso analizar la conducta y la posición de la convocante en la etapa precontractual, en el sentido de que ella, en ningún momento mostró reparos, se opuso u objetó la manera en que se debía liquidar o convertir el valor de la concesión del precio en dólares de los Estados Unidos a la moneda nacional colombiana. Así presentó su oferta, así firmó el contrato, lo cual nos lleva a concluir que el presunto error endilgado a la cláusula séptima del contrato de concesión, en manera alguna se presentó. Este es el criterio del tribunal que lo lleva a desestimar esta pretensión, como adelante se definirá.

D. Pretensión tercera

En la demanda se solicita:

(I) Declarar que por cuanto durante la ejecución del contrato de concesión ciento cuarenta (136) (sic), de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) se han presentado hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles para la demandante y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, se ha presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico - financiera del contrato, la cual debe ser restablecida.

(II) Como consecuencia de la declaración anterior o de una semejante, a términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y para restablecer el equilibrio económico del contrato, se disponga el pago a favor de la demandante de las cantidades de dinero que por dicho concepto se hayan acreditado en el proceso; o, en subsidio se ordene el reajuste en la forma que determine el tribunal en el laudo.

En su alegato de conclusión el demandante sobre el particular manifiesta:

- Que el contrato está afecto a la condición de adhesión, y sobre esta calificación manifestó que:

“Los contratos por adhesión no solo se utilizan para racionalizar, agilizar y abaratar la contratación y perfeccionar la organización institucional de la empresa, sino también para fortalecer su posición jurídica en el contrato, limitando sus obligaciones y responsabilidades y asegurando y extralimitando sus derechos de un modo injusto, contrario a la equidad y la buena fe ya las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de derechos que habría de suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato firmado, etc.

Los predisponentes se aprovechan de que en esta forma de contratación no cabe ningún tipo de negociación, que no es posible alterar las cláusulas prerredactadas, que la única opción es tomar o dejar lo que se ofrece, puesto que se sabe de antemano que sus cláusulas son inmutables, maximizando así sus beneficios y reafirmando su posición de predominio en la relación, y negando toda trascendencia jurídica al desequilibrio contractual originado.

Los contratos de adhesión o de condiciones generales, han sido un instrumento indispensable en el moderno tráfico jurídico, sin el cual no es posible imaginar cómo se podría proceder a la distribución de los bienes y servicios que acceden masivamente al mercado, ni cómo podrían organizarse las grandes empresas que operan en este mercado...” (cfr. Alegato Cit. pág. 24/64).

- A continuación enlaza los criterios anteriores, con la doctrina de las expectativas razonables del contrato que:

“... va más allá de la simple interpretación de las cláusulas escritas, o de la eliminación de determinadas cláusulas que hayan de reputarse nulas por una u otra razón, llegando mucho más lejos, propugna el respeto de las expectativas que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente, con independencia de lo

que exprese el formulario utilizado por el predisponente, de manera que tales expectativas privan de toda validez el texto firmado cuando este no se conforme a ellas. En otras palabras, entiende que las partes están vinculadas por los términos del formulario tal como razonablemente esperan que estén redactados, con independencia de lo que realmente exprese. Este (el contrato de adhesión) debe ser rechazado como criterio exclusivo para determinar lo que compone el contrato, para dar preeminencia al acuerdo fáctico de las partes, subyacente o implícito en las expectativas que el adherente se haya formado de manera razonable. Con ello quedan fuera del contrato todas aquellas cláusulas del condicionado general que no hayan sido realmente conocidas y deseadas por el adherente, que no hayan sido esperadas ni, por ende, consentidas”. (cfr. Op. Alegato pág. 27/64).

• Con fundamento en los anteriores conceptos parcialmente transcritos, formula la parte demandante su planteamiento relativo al tema antes titulado, así:

“El rompimiento en la ecuación económica del contrato, o del equilibrio financiero del mismo, deben ser reparados. La reparación de dicha ruptura es un derecho del cocontratante, que se encuentra ahora consagrada en diversas normas de la legislación nacional. Algunas normas que protegen dicho derecho son: el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Código de Comercio (art. 868), Ley 446 de 1998, artículo 16, Ley 80 de 1993 (arts. 3°, 4° (num. 8°, 9°), 5° y 27). Además, la nueva ley de televisión —L. 680/01—, en el párrafo 3° del artículo 2°”. (Cfr. Op alegato pág. 29/64).

Ahora bien, el “contrato de concesión” estuvo precedido de licitación pública 3 de 1997, convocada por la Comisión Nacional de Televisión.

Su objeto fue definido en la cláusula primera así:

“El objeto de este contrato de concesión es la entrega que hace la comisión, **a título de concesional** concesionario, de la operación y explotación del canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional 1, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario que forma parte integral del presente contrato.

PAR.—El servicio de televisión objeto de esta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el canal nacional de operación privada 1 en el plan de utilización de frecuencias de televisión y que forma parte integral del presente contrato.

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

El servicio de televisión que presta el concesionario estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la comisión”.

Por su parte, la cláusula 5ª estableció el “plazo de ejecución del contrato”, que será de diez (10) años, contados a partir del inicio de la operación del canal nacional de operación privada.

La cláusula 7ª fijó el valor de la concesión, así:

“Para todos los efectos el valor de la concesión es la suma de ciento diecisiete mil novecientos setenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 117.973.850.000) moneda corriente”.

La cláusula 8ª estableció la forma de pago de la concesión.

Por su parte, la cláusula 33 estipuló lo concerniente a la reversión bajo los siguientes términos:

“No habrá lugar a la reversión de los bienes del concesionario. Sin embargo, la comisión y el concesionario podrán acordar la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos y condiciones que definan o mediante perito designado conjuntamente por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del literal h) de la Ley 182 de 1995”.

La cláusula 40 contiene los términos del compromiso.

Otras cláusulas del aludido contrato son las relativas a obligaciones de la comisión (16); acceso del Presidente de la República al canal de televisión (17); cesión de espacios al Gobierno Nacional (18); derechos de rectificación (20); recepción de quejas (21); inspección (22); información (23); terminación, modificación e interpretación (26); caducidad y sus efectos (27); suspensión temporal del contrato (28); penal pecuniaria (29); multas (30); liquidación (32); iniciación de la prestación del servicio (41); entre las más relevantes.

Oposición de la convocada

En la contestación de la demanda la parte convocada, se opone, de manera general, a la pretensión tercera *sub lite*, al efecto indica:

• Valor de la licencia:

Dice que el Ministerio de Comunicaciones contrató a la firma Inversiones e Ingeniería Financiera para que realizara un estudio sobre publicidad. En tanto que Asomédios contrató al instituto SER de Investigación, con el fin de que realizara un estudio acerca del mismo tema. Y que, posteriormente, la Comisión Nacional de Televisión contrató a la Universidad de los Andes y a la Universidad Nacional, con el fin de que realizaran investigaciones y revisaran las diferencias existentes entre los estudios realizados por Inversiones e Ingeniería Financiera y el prenombrado instituto SER.

Concluye este aparte afirmando que la metodología empleada por la firma Inversiones e Ingeniería fue la correcta, “...habiéndose tenido en cuenta criterios sobre lo cíclico de la inversión publicitaria, tales como, el año atípico de la televisión, el reacomodamiento del mercado y el impacto de la apertura de los canales nacionales de operación privada”.

Agrega que:

“La junta directiva de la CNTV en sesión extraordinaria de fecha 16 de junio de 1997 (acta 259), con fundamento en todos los anteriores estudios determinó el valor de la concesión para cada uno de los canales de operación privada en noventa y cinco millones de dólares”. (cfr. op. cit. pág. 7).

Luego, bajo los números 3.1.2 hace la explicación de la metodología de la proyección de ingresos, aclarando que:

“A pesar de los resultados arrojados por los diferentes estudios realizados, se debe aclarar que dichos ingresos dependen de factores tales como situación económica del país, devaluación del peso frente a las divisas extranjeras, reducción de los mercados, falta de liquidez en el sector financiero, etc. Estas circunstancias no son imprevistas y eran factores económicamente previsibles. No son circunstancias nuevas, imprevistas ni imprevisibles.

Así las cosas, con apoyo en ellas o como consecuencia de sus efectos no se podría dar lugar a la modificación de las condiciones ni de las obligaciones contractuales, ya que estos factores debieron haber sido previstos por los concesionarios en el momento de la suscripción de los respectivos contratos, sin que se pueda en estos momentos entrar a dirimir o no el valor de la concesión”.

A renglón seguido (3.1.3) la convocada establece la metodología de la proyección de egresos, de la siguiente manera:

“Al momento de abrirse la licitación pública 3 de 1997, para el otorgamiento de las concesiones para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada 1 y 2, se estableció claramente dentro del pliego respectivo las condiciones generales para participar dentro de la misma, es por ello que los participantes dentro de este proceso conocían todos los elementos de juicio necesarios para hacer la proyección de los egresos, sin que sea este el momento para establecer escenarios o proyecciones diferentes a las allí establecidas. Igualmente se debe tener en cuenta que la concesión se otorgó por un término de 10 años, contados a partir de la fecha de inicio de operaciones del respectivo canal y hasta la fecha no han transcurrido 3 años”.

En el punto 3.1.4. indica la convocada los términos de la decisión de la CNTV:

“La junta directiva de la CNTV, al definir el valor de la concesión en noventa y cinco millones de dólares, lo hizo con base en los estudios ya relacionados y atendiendo escrupulosamente las facultades constitucionales y legales; desde luego que los estudios son un elemento accesorio al valor que la junta hubiese podido fijar. Precisamente en el acta 259 del 16 de junio de 1997 quedó claramente establecida la forma en que fue aprobado este precio, sin que ello pueda dar a entender que hubo votaciones extrañas como maliciosamente se insinúa en el hecho. Finalmente, es indudable que el precio de concesión fue aceptado por los proponentes”.

La contestación de la demanda se extiende a aspectos muy importantes del proceso, que se tratan separadamente en otros acápites del presente laudo.

Alegato de conclusión de la convocada

En el alegato de conclusión, la parte convocada se refiere a la naturaleza del contrato para sostener que:

“De acuerdo con el artículo primero de la Ley 182 de 1995, la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación podrá ser otorgada a los particulares mediante concesión. En el artículo 46, la ley define la concesión como “...el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio”. El otorgamiento de la concesión, según el literal c) del artículo 48 de la ley podrá hacerse por “contrato o licencia” y dará lugar al “pago de una tarifa que será independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”. Como contrato de concesión, otorgado por una entidad estatal sobre un bien público y en relación con la prestación de un servicio público el contrato debe enmarcarse dentro de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, especialmente en el numeral cuarto del artículo 32 y en el artículo 33 que se ocupan de la concesión. Con todo debe tenerse en cuenta que al mismo se aplicarán de preferencia las disposiciones legales que rigen la materia, como ocurre precisamente con las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996” (v. págs. 14 y 15 del alegato citado).

Por otra parte, manifiesta adelante la convocada en su alegato, que no se dan los supuestos para el desequilibrio económico, tema que desenvuelve en los siguientes términos:

“A través de la elaboración jurisprudencial, inicialmente, y de la consagración legal después (L. 19/82 o “Ley de facultades”, arts. 6º y 21; D. L. 222/83, arts. 18 y ss.), se llegó al concepto del equilibrio económico de los hoy llamados contratos estatales como pilar fundamental para desarrollar el principio constitucional de la igualdad de las cargas públicas. El restablecimiento del equilibrio económico de un contrato estatal lo consagra el artículo 4º y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, al señalar 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 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”.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se unificaron los temas relativos a la responsabilidad del Estado y el fundamento constitucional de la noción jurídica del equilibrio económico. El artículo 90 de la Carta fundamental ubicó la fuente única de la obligación estatal de reparar la lesión patrimonial de los particulares derivada de su acción u omisión, tanto contractual como extracontractual, en la noción del daño antijurídico, con independencia de la calificación lícita o ilícita, culposa o no, de la causa misma del daño. Como se expresó en reciente laudo arbitral.

“La norma constitucional (art. 90) a juicio de este tribunal zanja cualquier discusión que con anterioridad a la expedición de la nueva Carta hubiera podido suscitarse en torno a la diversidad de causas determinantes de la responsabilidad estatal y a los distintos efectos que se producirían, según fuere una u otra, circunstancia que, por lo mismo, limita la capacidad de este tribunal para apartarse de los postulados constitucionales al estudiar las pretensiones de las partes en este proceso.

Las garantías legales de los derechos patrimoniales de los asociados, encuentran, de esta forma, profundas raíces

constitucionales. Hoy el artículo 90 de la Carta predica un concepto unívoco y objetivo de la responsabilidad estatal, cualquiera que sea la actividad en que el Estado se desempeñe: Extracontractual o contractualmente. Es así como las leyes administrativas en desarrollo de los mandatos constitucionales, estructuran el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en torno a la noción del “daño antijurídico” reparable definido como aquel que la víctima de la lesión no está llamada a soportar”. (negritas fuera del texto original)

Añade la convocada que, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales, la jurisprudencia tiene sentados elementos esenciales para que se de aplicación al restablecimiento de la ecuación económica contractual, al efecto manifiesta:

“Que se trate de un contrato conmutativo de ejecución periódica o sucesiva y que el desequilibrio se presente con posterioridad a la celebración del contrato”.

“Que la responsabilidad contractual de la administración derive de un “daño antijurídico” imputable a acción u omisión de la administración”.

“Que quien alegue el padecimiento de “daño” y quien reclame su reparación, pruebe que el mismo se causó, primero sin su concurso, y que en cualquier caso no tenía la obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo y asumirlo”.

Del tribunal

Análisis de la naturaleza del contrato

Para el tribunal el contrato 136 de 22 de diciembre de 1997 es estatal, de concesión.

La norma

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 estatuye:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1. ...
2. ...
3. ...
4. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público o la construcción, explotación, o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia o control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos tarifas tasas valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

La doctrina

En palabras del doctor Ricardo Hoyos Duque:

“... El elemento que permite identificar al contrato estatal no es el objeto, las cláusulas exorbitantes, la forma, o la jurisdicción competente, criterios que en el pasado impulsaron la polémica en torno a las distinciones entre el contrato administrativo y el derecho privado, sino la presencia subjetiva de la administración pública como requisito *sine qua non* de dicho contrato”. (V. El contrato estatal y las cláusulas excepcionales. Comentarios al

estatuto general de la contratación administrativa. Medellín. Librería Jurídica, 1994. Pág. 157).

El anterior criterio doctrinal es compartido por el doctor Rodrigo Escobar Gil, quien manifiesta:

“...El legislador ... consagró la teoría de la unidad de los contratos de la administración pública, denominándolos genéricamente contratos estatales...” (V. Teoría general de los contratos de la administración pública. Legis. Bogotá. 2000. Pág. 53).

Bajo la denominación de contrato de concesión aparece, en verdad, la teoría demanial o:

“... De dominio público. Bajo esta denominación que comprende unos tipos de bienes de propiedad de la administración que se afectan a servir de soporte físico de una determinada función pública que puede ser, o bien un uso público ..., o bien un servicio público estrictamente tal Ahora bien, el criterio se extiende respecto a la categoría de bienes demaniales ... a cosas que no están vocadas a servir de soporte físico a una función pública propiamente dicha ..., sino a producir bienes dentro del tráfico privado; es el tipo de bienes demaniales destinados al fomento de la riqueza nacional...” (V. Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo II. Editorial Civitas, Págs. 150-151. Madrid. 4ª edición, 1993).

Para otros, la concesión es la figura:

“... A través de la cual el estado conservando la titularidad del servicio, lo que le permite su reglamentación y vigilancia se desprende de su gestión y la concede a un empresario particular. Se deslindan entonces los conceptos de titularidad administrativa y ejercicio público y el particular se convierte en colaborador de la administración”.

Así pues, en criterio de V.G. Vásquez Franco (Temis 1991, págs. 10, 11 y 12 en su obra “La concesión administrativa de servicio público”).

“La concesión, forma de colaboración del empresario particular, constituye acto de derecho público que transfiere poderes jurídicos originariamente de la administración. El régimen que la cobija es el derecho público Le corresponde por tanto, armonizar su voluntad empresarial con el poder de la administración pública concedente, cuyos intereses públicos entran en juego, de manera preponderante, con los destinos fin productivo de la empresa.

El equilibrio de las dos ideas: de una parte el servicio público, se debe definir de acuerdo con el interés general y bajo la autoridad de la administración y, de otra parte, una empresa capitalista que intenta el máximo de beneficio posible, constituye toda la teoría del contrato de concesión”.

En similar sentido puede afirmarse que:

“Subsisten en el contrato de concesión cláusulas que tienen un auténtico carácter contractual, que no pueden ser sometidas a modificaciones unilaterales por parte de la administración. Estas son en realidad, todas las cláusulas que definen la remuneración del concesionario y, en general, el equilibrio financiero de la concesión.

Es necesario entender bien, en efecto, que la concesión es una operación de carácter especulativo. El concesionario se lanza a grandes trabajos que exigen inversiones. El servicio va a funcionar con probabilidades de éxito que ignora. ... El concesionario cuenta por tanto, con ciertos riesgos, pero tiene también la idea de un cierto equilibrio financiero que se debe establecer para compensar estas obligaciones y deberes.

... Esta noción del equilibrio financiero es muy importante, pues es la que permite definir las condiciones en las cuales la voluntad otorgante puede verse obligada a pagar indemnizaciones al concesionario” . (V. Georges Vedel. Derecho administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1980. Pág. 711. (negritas no son de los textos transcritos).

Características del contrato

Para el tribunal el contrato es:

- Oneroso , es el opuesto al gratuito, teniendo en cuenta que reporta utilidades y beneficios para ambas partes, a

saber: de una parte (contratista) la utilidad, de otra (la administración) la prestación del servicio público concedido.

Según el tratadista Alberto Tamayo Lombana, en su obra “Manual de obligaciones” (Temis 4ª edición 1994, pág. 88). Es un contrato “por medio del cual cada parte se obliga a obtener de la otra una contraprestación la que se considera equivalente a la que ella ha de pagar (C. C., art. 1498).

- Conmutativo

Explícitamente el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato estatal es conmutativo, es decir que respecto de él se establecen “los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos”. Esto concuerda con la preceptiva del artículo 1498 del Código Civil, según el cual, “...Cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...” En el *sub lite* la administración otorga concesión para la operación y explotación del canal de operación privada 2 (espectro electromagnético), y el contratista obtiene el derecho a la explotación económica mediante el pago de un valor equivalente, uso del canal de televisión del que deriva una remuneración, la cual según la doctrina no solamente está erigida legalmente en beneficio del concesionario, sino también en beneficio de la continuada y regular prestación del servicio público de televisión, contratando además la utilización del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio público, con el fin de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio, evitando las prácticas monopolísticas en su explotación económica y cumpliendo otros importantes requerimientos estatales, tales como el pluralismo informativo y la competencia en la prestación del servicio, todo conforme a las leyes que rigen la prestación del servicio público de televisión en Colombia.

- Solemne

Este es un requisito de existencia del contrato y lo define el artículo 1500 del Código Civil: “Si está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

Al efecto el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que:

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito...”.

- De ejecución sucesiva

No solo teniendo en cuenta su duración, que de acuerdo a la cláusula 5 del contrato se pactó en diez años prorrogables, contados a partir de la iniciación de la operación del canal nacional, sino también aduciendo la estipulación relativa a la programación nacional de la que trata la cláusula 10 que establece los requisitos y condiciones del cumplimiento diario de las obligaciones del concesionario, pero además atendiendo la ordenación de la cláusula 27 relativa a la caducidad que indica una serie de causales para su declaración, destacándose la octava que trata del incumplimiento total o parcial en los fines y principios de la prestación del servicio de televisión.

El hecho de que el valor pactado en la cláusula 7ª y su forma de pago prevista en la cláusula 8ª, diferida en un plazo de dos años, no implica en modo alguno, a juicio del tribunal, que el contrato sea de ejecución instantánea.

En efecto, la suma inicialmente pactada no es otra cosa que un recurso fiscal actualizado de antemano por el Estado, pero que el concesionario difiere a lo largo de la ejecución del contrato, y es una de las sumas que tiene en cuenta para conformar su rendimiento económico, como adelante se precisará.

Equilibrio económico y financiero del contrato

Mientras en el derecho privado se utiliza generalmente el principio de “*Rebus sic stantibus*”, en cambio en la contratación estatal el acuerdo convencional se considera normalizado (“estandarizado”) dentro de unas situaciones concretas que explican y condicionan los respectivos términos económicos.

Si dichas situaciones se mantienen inalteradas durante la ejecución del contrato, las condiciones económicas pactadas igualmente se mantendrán, pero si se modifican de modo que se altere la economía del contrato, incluso

por hechos no imputables a las partes, se impone la obligación de recuperar las condiciones económicas a un nivel semejante al existente al momento del negocio. Sobre este particular opera la teoría según la cual los contratantes se obligan teniendo en cuenta las condiciones reales al momento del contrato, considerándose que si ellas cambian, por mayor onerosidad, en detrimento de alguna de ellas, el incumplimiento generado por esta causa usualmente genera una revisión de los términos económicos del convenio.

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.

Esta teoría del equilibrio económico del contrato, también se denomina ecuación económica y financiera del contrato.

La Ley 80 de 1993 consagra en disposiciones expresas el mantenimiento de la economía del contrato de modo de mantener vigente dicha ecuación, o sea que el Estado se reserva la atribución o poder de proteger al contratista de las condiciones adversas que económicamente puedan ocurrir, garantizándole el logro efectivo de los fines pactados en el contrato, o sea su adecuada remuneración.

Pero el análisis del equilibrio económico del contrato va más allá de las estipulaciones contractuales propiamente dichas, ya que las condiciones de ejecución hay que considerarlas cuando existe de por medio licitación, teniendo presente que el contratista toma en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el pliego de condiciones plasma y las condiciones externas a la entidad contratante, tales como las de mercado, las financieras, las meramente económicas, las imperativas, las laborales, y en general las jurídicas que se daban a la presentación de su oferta. En tanto que la suscripción posterior del contrato tiene en cuenta el panorama reinante al momento de la celebración del contrato; así pues, se mantienen no solamente el análisis del convenio, sino también las circunstancias económicas que rodearon la presentación de la oferta.

Arriba dijimos que el contrato es conmutativo, y esta calificación descarta de plano el concepto de alea.

Al llegar a esta parte del análisis del tribunal, debe establecerse la noción normal que se mantiene, según la cual en los contratos estatales se da la presencia y aceptación correlativa de cierto grado aleatorio normal. No así la ocurrencia de circunstancias anormales o excepcionales que vengan a determinar o a destruir incluso la ecuación económica contractual. Así, la ecuación económica del contrato no es una protección total de todos los riesgos del negocio, ni garantiza estrictamente la totalidad de la remuneración.

Esto explica que el restablecimiento de la ecuación económica del contrato funciona para los eventos anormales, es decir aquellos que escapan a lo habitual del negocio, según la naturaleza del contrato estatal, y esto excluye, del todo, el cubrimiento del alea ínsita a la ejecución de cualquier contrato. En este caso particular, tenemos que se trata de un contrato de concesión, en el que un requisito fundamental de la misma es que se mantenga la remuneración esperada por el concesionario, no solo en tanto que este obtenga satisfacción de su apetito de rentabilidad, sino esencialmente el que le asegure la continuidad y permanencia en la ejecución del contrato, en orden a garantizar la prestación del servicio público concedido, en desarrollo de la protección de las necesidades básicas de los asociados.

En cambio, la alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato, es aquella que tiene tal gravedad implícita que modifica significativamente la economía contractual.

Por otra parte, el reconocimiento de la ecuación económica contractual está subordinada a que el peticionario no sea responsable de la producción del hecho determinante o del hecho generador del rompimiento de la economía del contrato; o sea que al concesionario no se le puedan imputar acciones u omisiones culpables, o negligencias causantes del detrimento económico.

En estos eventos que vienen analizándose, la jurisprudencia y la doctrina señalan al peticionario no solo el deber y diligencia para examinar en la fase preparatoria del contrato los términos de ejecución y las circunstancias que la rodean para actuar, en contraposición, con la responsabilidad de un buen administrador, dentro de su especialidad, pues están descartadas del todo, conductas culposas o indolentes u omisivas por parte del contratista - concesionario.

Sobre este particular se ha dicho: “La ecuación contractual no está instituida para cohonestar incumplimientos del contrato debidos a culpa del contratista, a su negligencia, desorganización o incapacidad, o de garantizar siempre una ganancia al contratista”. (V. Laudo arbitral, de nov. 22/85, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional - Casur).

Ahora bien, a la anormalidad del evento causante de la ruptura, debe añadirse el que sea sobreviniente a la celebración del contrato, imprevisible, no en las causas mismas de su producción, sino con referencia a los efectos que produzca sobre la economía del contrato.

Sin embargo, las condiciones que afectan la ecuación contractual, pueden ser hechos del hombre o de la naturaleza, preexistentes o posteriores a la celebración del contrato, determinaciones de autoridades públicas, fenómenos económicos del país o del exterior.

Aunque la Ley 80 de 1993, no estableció precisamente las causas generadoras de ruptura de la ecuación económica contractual, no obstante da lugar al reconocimiento de los mayores costos en que hubiere incurrido el contratista y al respeto de la remuneración inicialmente prevista o naturalmente derivada de la ejecución de un determinado contrato.

En lo referente a la mayor onerosidad producida por un fenómeno anormal de naturaleza imprevista, examinada al momento de la presentación de la oferta o a la celebración del contrato, relativo al criterio de una persona normalmente cuidadosa y con mayor rigor si es el contratista, debe mantenerse la condición de la imprevisibilidad del daño, que no es otra que la que se sale de los cálculos habituales, de las consideraciones normales, lo que sobreviene sin haberse esperado, no obstante la atención puesta en las aleas futuras.

(V. Fernando Hinestrosa Forero. Curso de obligaciones. U. Externado de Colombia. Bogotá, 1985, pág. 570).

Normas jurídicas incidentes sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato

El contrato de concesión 136 de 1997, está regido principal y normativamente por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. De entre ellas merecen destacarse las siguientes:

- Artículo 4º, numeral 3º, en cuanto estatuye que la entidad pública debe proceder a la actualización o revisión de precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren el equilibrio económico del contrato;
- Artículo 4º, numeral 8º, que dispone que el ente contratante debe mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, para lo cual utilizará los medios adecuados de ajuste y revisión de los mismos, e incluso pactando intereses moratorios, sin perjuicio de la actualización o revisión de los precios;
- Artículo 4º, numeral 9º, que preceptúa en el sentido de que el contratante actuará de tal manera que por su causa no sobrevenga mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista;
- Artículo 5º, numeral 1º, que fija el derecho del contratista de recibir oportunamente la remuneración pactada, sin que su valor intrínseco se altere o modifique durante la ejecución del contrato;
- Artículo 14, relativo a los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual;
- Artículo 25, numerales 13 y 14, en cuanto ordena a la entidad estatal incluir en su presupuesto las apropiaciones globales para cubrir los costos eventuales por causa de la revisión de precios pactados enfrentados a la situación de cambios o alteraciones de las condiciones convencionales vigentes;

- Artículo 26, numeral 2°;
- Artículo 27, que señala que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos, *ab initio*, de la relación contractual;
- Artículo 28, que consagra, para casos como el que se analiza, que en ellos se tomará en cuenta el mantenimiento del equilibrio económico o la equivalencia entre prestaciones y derechos, propios de contratos conmutativos como el del tipo que nos ocupa;
- Artículo 32, que regula las diferentes modalidades del contrato de concesión.
- Artículo 50, que consagra la responsabilidad para el ente público contratante, consecuencial a las actuaciones, hechos y omisiones antijurídicos causantes de perjuicios, debiéndose indemnizar a la parte afectada.

Al llegar a esta parte el tribunal, no puede menos que afirmar su criterio acerca del carácter garantista de la Ley 80 de 1993, para el contratista concesionario. Así, las anteriores normas jurídicas, consagran el estatuto orgánico pertinente a la economía del contrato, que es pilar básico dentro de los que conforman la estructura de la Ley 80 de 1993, o sea, uno de los propios de su concepción fundamental;

La Ley 80 de 1993 es aplicable en un todo al contrato estatal de concesión 136. No solo por cuanto dicha ley constituye el estatuto especial de contratación del Estado, sino, además, por ser posterior en su expedición al Código de Comercio. Empero, teniendo en cuenta la reglamentación hermenéutica del artículo 10 del Código Civil, modificado por la Ley 57 de 1887, numeral 1°: “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”. Ley 153 de 1887, artículo 2°: “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior...”. Lo dicho, descarta totalmente para este *sub lite*, la aplicación invocada por las partes, del artículo 868 del Código de Comercio, el cual contempla, en materia de economía contractual, una amplitud aplicable exclusivamente a convenios entre particulares, obviamente regidos por la ley comercial, lo cual descarta los eventos que nos ocupan, propios de la interpretación del contrato estatal de concesión.

Jurisprudencia

Sobre estos tópicos que vienen analizándose, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia recaída en el expediente 10.151 del 9 de mayo de 1996, actor: Societé Auxiliare D'Entreprise, SAE. Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, así como en reiterados fallos posteriores, consagra decisiones similares o congruentes con él, y así constituyen doctrina probable, en donde se define:

“El equilibrio económico del contrato.

Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato, cuya preservación a través de la ejecución de aquel, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cual es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o largo plazo, en razón a que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo.

Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de la función estatal; así mismo la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el *sub judice* por cuanto que trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieren en la ejecución del contrato. Ajenas a la entidad como parte, al Estado

como administración y por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista.

Precisamente para mantener el equilibrio económico del 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, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia naturales. En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resalta como en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general “...si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado ... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respeto del equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato”.

(...).

“Las normas referidas sirvieron y han servido de apoyo a la jurisprudencia de la corporación para reconocer el derecho del contratista a conservar la ecuación financiera del contrato cuando el mismo se hubiera roto por causas imputables a la administración y, en fin, por causas ajenas a las partes contratantes. En tal sentido cabe anotar cómo han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala encaminados a restaurar o mantener el equilibrio financiero del contrato. Se recuerdan, entre otras, las sentencias de 18 de abril de 1989, actor: Sociedad Representaciones Prodeinco Ltda., expediente 5426; de 26 de marzo de 1992, expediente 6553, actor: Ceat General de Colombia S.A.; de 12 de marzo de 1992, actor: Juan Jaime Saldarriaga Ruiz, expediente 6759; de 19 de septiembre de 1994, proceso 8182, actor: Sociedad Services; de marzo 16 de 1995, proceso 9863, actor: Covipe S.A.

El anterior criterio legislativo y jurisprudencial se mantuvo y reforzó con la expedición de la Ley 80 de 1993, constitutivo de la tercera etapa de esta evolución normativa, al disponer con carácter imperativo, como una prestación a cargo de la administración, la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato. Para ello se le otorgaron a las entidades todas las facultades necesarias para que a través de acuerdos, pactos o en forma unilateral, adopten las medidas indispensables para mantener ese equilibrio, es decir, para que el contratista obtenga el beneficio económico inicialmente pactado y, consecuentemente, pueda conseguir las ganancias razonables que hubiera podido percibir de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originalmente convenidas. (L. 80/93, arts. 27, 28 y 50).

Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de cuando se presente una situación imprevista, el cocontratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que este pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena razonable de todos a aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida aun más en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños ajenos al propio contratista la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario aún extraordinario de la ejecución del contrato sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades lucros o

ganancias desde luego razonables ceñidos a las condiciones iniciales de contratación.

Con razón el profesor Enrique Sayagués Laso, en su tratado de derecho administrativo señala "...que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, cuando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato ... Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras ... En todos los casos la situación del contratante (sic) debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias". (págs. 571-572. negrillas).

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 conciliador entre las partes.

En torno al asunto que se examina, resulta conveniente recordar cómo en punto referente a los contratos estatales, puede la administración unilateralmente terminarlos sea por razones de conveniencia o por motivos imputables al contratista, o modificarlos también en forma unilateral. Se trata de regulaciones contractuales expresivas de las facultades y prerrogativas inherentes al Estado como contratante, en virtud de las cuales procura la satisfacción de las necesidades de sus administrados. Frente a esas excepcionales facultades, surge a favor del particular contratista el derecho a que el propio Estado le conserve el equilibrio económico de sus pretensiones contractuales inicialmente pactadas, en aquellas ocurrencias en que la ecuación financiera se modifique por causas económicas administrativas o físicas no atribuibles al contratista".

Los hechos

De la demanda:

Entre las partes se acordó el contrato 136 de 1997.

El contrato se perfeccionó y legalizó en la forma prevista en la cláusula 39.

La demandante inició la operación del canal nacional de operación privada el 11 de enero de 1999.

El contrato se encuentra en ejecución.

Para los efectos de la determinación del valor de la concesión, la demandada tuvo en cuenta los siguientes estudios:

Elaborado por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, IIF, el cual incluye un modelo financiero en medio magnético que fue la herramienta utilizada para determinar el valor de la concesión.

Los elaborados por el instituto SER de investigación.

El elaborado por la Universidad de Los Andes, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, CEDE.

El elaborado por la Universidad Nacional de Colombia - Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID.

Hechos referentes a la tercera pretensión principal y sus subsidiarias

Se expresan:

- “Los canales privados de televisión, iniciaron sus actividades así: (i) etapa de prueba, del 10 de junio de 1998 al 10 de julio de 1998; (ii) etapa de ajuste de señal e interferencias del 10 de julio de 1998 hasta el 10 de enero de 1999; y (iii) a partir del 11 de enero de 1999 iniciaron oficialmente sus operaciones y explotación de la licencia de concesión.

Es así como el primer año de operación de los canales, 1999, será recordado como uno de los peores en términos económicos para el país, no solo por el desempeño de la industria y del sector real sino también por el comportamiento del sector financiero y en especial por las tasas de interés más altas de los últimos años.

Por obvias razones, el comportamiento de la economía colombiana durante estos años no estaba en los pronósticos ni de los más pesimistas. Para el caso de las proyecciones macroeconómicas planteadas por Inversiones e Ingeniería Financiera, existe una gran diferencia entre los que se pensaba iba a suceder y la realidad actual, con el agravante de que fue con base en dichas proyecciones que se determinó el valor de la licencia”.

“...las proyecciones de Inversiones e Ingeniería Financiera preveían un crecimiento del PIB en 1998 del 5%; actualmente, el DNP estima un crecimiento del 0.48%, la diferencia (4.52%) es casi equivalente al crecimiento de un año según las proyecciones de Inversiones e Ingeniería Financiera. La situación para 1999 y el 2000 no es muy diferente, con el agravante de que para los canales privados, los primeros años de operación son los que mayor nivel de inversión necesitan.

Además las proyecciones de crecimiento constante del PIB en el período 2001-2008 del 4.7% fueron muy optimistas: en el período 1980-1999 el promedio de crecimiento del PIB ha sido menor a dicha cifra; con el agravante de la situación presentada en el año 1999 donde se presentó un decrecimiento del PIB del 4.48%.

La situación en cuanto al crecimiento de la Inversión Neta de Publicidad INPT, es tan crítica que ninguna de las proyecciones realizadas en los estudios de valoración de la licencia, ni siquiera las más pesimistas se acercan al comportamiento real que se ha presentado en 1998 y 1999. Las expectativas para el año 2000, con base en lo corrido del año, permiten prever que tampoco se alcanzarán los valores proyectados”.

- “Impacto de la situación económica en los ingresos de los canales privados de televisión. El modelo de valoración, elaborado por Inversiones e Ingeniería Financiera, IIF, proyectó un conjunto de escenarios posibles de valor de la concesión. El escenario cuyo valor es equivalente al valor seleccionado por la CNTV corresponde a una penetración del 30%, con una cobertura de poblaciones con más de 30.000 habitantes (valor licencia según este escenario: \$ 103.306 mm v. valor seleccionado por la CNTV: \$ 102.656 mm).

Al comparar las proyecciones, específicamente los ingresos por pauta publicitaria proyectados por Inversiones e Ingeniería Financiera para dicho escenario v. los ingresos reales de los concesionarios en los años 1998 (2° semestre), 1999 y 2000, se observa una diferencia creciente cuyo valor acumulado se acerca a los 85.000 millones de pesos.

Impacto de la situación económica en el valor de la licencia de concesión.

Tal como se describe en los documentos de la CNTV y de Inversiones e Ingeniería Financiera, el valor de la licencia se obtuvo a través de un modelo de valoración que se alimenta de un conjunto de supuestos macroeconómicos (producto interno bruto), del mercado (elasticidad inversión neta en publicidad) y del proceso de licitación (cobertura geográfica); estos supuestos no solo eran variables de un modelo financiero sino que se constituyeron en las condiciones previstas bajo las cuales entrarían a operar los concesionarios.

El impacto de estas variables era tal que el modelo de valoración arrojó 96 escenarios posibles, cada uno con un valor específico para la licencia de concesión; estos valores estaban en un rango desde -\$ 100.930 (negativo) hasta \$ 155.038 millones de pesos. Sin embargo, para el proceso de adjudicación, la CNTV tuvo que seleccionar solo un conjunto de supuestos y por ende un solo valor para la licencia de concesión.

La decisión de la CNTV, tal como consta en el acta 259 del 16 de junio de 1997, fue seleccionar un monto de USD

\$95 mm como valor de la licencia de concesión. En esa fecha, la TMR era de \$ 1.080.59 por lo que el valor en pesos de dicha decisión fue de \$ 102.656 mm. Monto equivalente al escenario de penetración del 30% con una cobertura de 30.000 habitantes con el valor de la elasticidad de la INPT v. el PIB calculado por Inversiones e Ingeniería Financiera.

Han transcurrido tres años desde el momento de la entrega del informe final de valoración de la licencia (marzo de 1997) y las principales variables usadas para determinar el valor de la licencia han tenido un comportamiento radicalmente diferente a lo proyectado por Inversiones e Ingeniería Financiera.

Estas variaciones tienen un efecto directo sobre el valor de la licencia, ya que el modelo de valoración de la licencia de concesión —y por ende el valor de la licencia— está basado en una proyección de ingresos de cada canal que dependen del crecimiento de la inversión neta en publicidad en televisión (que a su vez está ligada al comportamiento del producto interno bruto) y de la penetración de cada canal en el mercado”.

Se pregunta a continuación el señor apoderado de la convocante por la sensibilidad del valor de la licencia a los cambios de estas variables, ilustrándolos gráficamente, como también en casos anteriores, y en seguida manifestó:

“Tan solo el efecto de la inversión neta en publicidad en televisión de los años 1998, 1999 y 2000 disminuyen el valor de la licencia en más de un 25%; esto significa que la realidad del mercado de la publicidad ha provocado una pérdida del valor de la licencia de concesión debido a la reducción de los ingresos reales —y potenciales— de los canales de operación privada”.

• Concluye el libelista manifestando:

“La crisis económica del país se ha reflejado en un cambio considerable de las condiciones de ejecución de los contratos de los canales nacionales de operación privada.

La realidad económica del país ha generado una notable disminución de la inversión neta en publicidad.

Los ingresos por pauta publicitaria, de los concesionarios RCN TV S.A. y Caracol TV S.A. desde el inicio de operación han sido substancialmente menores a los ingresos por pauta publicitaria proyectados en el modelo de valoración adoptado por la Comisión Nacional de Televisión para determinar el valor de la licencia.

El valor de la licencia de concesión se calculó con base en un escenario específico de los principales indicadores macroeconómicos del país y del comportamiento de la inversión neta en publicidad; este escenario ha variado considerablemente en los últimos años.

La diferencia entre el comportamiento real y el proyectado, de las variables utilizadas para determinar el valor de la licencia de concesión, ha sido tan grande que, al actualizar el modelo de valoración, el valor de la licencia se reduce en más de un 25%. Si esta tendencia continúa, el valor seguiría reduciéndose.

Los hechos y circunstancias anteriores constituyen acontecimientos posteriores imprevistos e imprevisibles para la demandante y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, lo cual implica que se haya presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico - financiera del contrato, la cual debe ser restablecida”.

Hechos de la contestación de la demanda

Los hechos 2, 3 y 4 de la demanda, la convocada los considera ciertos, en cambio:

Al hecho 5 manifiesta:

“No es cierto en la forma en que está planteado. Para la determinación del valor de la concesión, la comisión tuvo en cuenta los elementos, factores y estudios exigidos por la Ley 182 de 1985 y las normas que la modificaron, incluyendo el estudio elaborado por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera y conceptos emitidos por las universidades de los Andes y Nacional”.

Por haber sido parcialmente transcritos, se refiere esta parte del laudo exclusivamente al tratamiento que la convocada le da al examen de la realidad económica de la que trata el *sub lite*, bajo los siguientes términos:

“Como ya se indicó anteriormente, dentro de todo proceso licitatorio, se establecieron claramente las reglas y las condiciones que debían cumplir los participantes y por ello mismo debieron prever la realidad económica que atravesaba el país.

El hecho de que las proyecciones de la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, no se adecuen a la realidad cambiante del país, no es atribuible a la CNTV.

Se aclara que por lo que pagó el concesionario fue por el otorgamiento de la concesión, mas no por la explotación del mismo. Es por ello que las proyecciones realizadas por el demandante no se pueden tener en cuenta frente a estos hechos. Fueron unas proyecciones válidas, porque de no haberlo sido, los cálculos finales hubieran sido diferentes.

Finalmente, no hay que olvidar que los proponentes conocían plenamente que el artículo 22 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996, establece la clasificación del servicio de televisión según el país de origen y destino de la señal, al igual que en razón de su nivel de cubrimiento territorial. Esta clasificación permitía prever con toda claridad de que la oferta en televisión se ampliara, y por lo tanto estas variables debieron ser tenidas muy en cuenta al momento de consolidar los cálculos correspondientes”.

Pruebas

A petición de las partes, el tribunal decretó y practicó las pruebas que a continuación se indican, siendo allegadas al expediente:

Testimoniales

Se recibieron en audiencia pública, bajo juramento, las declaraciones, que no fueron tachadas, de las siguientes personas, que en lo básico expresaron:

Jorge Enrique Valencia Jaramillo

Quien manifestó que a mediados de 1995 entregaron a la CNTV el estudio elaborado por el instituto SER y la firma Ingeniería e Inversiones para que tuviera en cuenta el cálculo que había hecho sobre la elasticidad de la demanda en publicidad y el producto interno bruto.

Dicha firma incluyó otros factores, apartándose de algunas de las consideraciones del instituto SER. Para su análisis, además, contrató a un economista muy destacado, el doctor Manuel Ramírez, quien compartió conceptos de los rendidos por Ingeniería e Inversiones.

Así la CNTV obtuvo la asesoría de las universidades Nacional y de los Andes, para hacer el estudio y revisar la metodología empleada para el cálculo. Estas lo hicieron con el resultado de compartir las conclusiones de Ingeniería e Inversiones.

Por consiguiente la CNTV consideró que tenía ya todas las variables para tomar la determinación del precio, examinándolas de acuerdo a la realidad.

Precisa que el valor de 95 millones de dólares fue aprobado por unanimidad de los presentes en la junta en la que se adoptó la decisión respecto al precio de la concesión.

Anota el declarante que la variable de la publicidad es muy importante y que su índice de elasticidad respecto del producto interno bruto es muy significativo, como elemento para establecer el precio.

Finalmente, anota el doctor Valencia que sobre materia de adopción del precio de la concesión había opiniones diversas, puesto que el estudio contemplaba una gama de variables muy importante, y que los miembros de la junta tomaron con absoluta seriedad el manejo de dicha información, destacando que, para el momento de la apertura de

la licitación los interesados en ella conocieron por el pliego todas las condiciones para tomar su decisión, y particularmente el precio fijado por la CNTV para la pertinente adjudicación.

María Edna González de Carrasco

El esquema era que a cambio de un valor o una cifra determinada, se le entregaba al tercero la posibilidad de que explotara ese bien público bajo su total autonomía, entonces la responsabilidad de la comisión era supremamente alta, ¿por qué? porque tenía que fijar un precio y ¿cuál era el precio adecuado para ese bien público? en términos pragmáticos, normalmente uno dice que esos precios adecuados son el máximo precio que se pueda obtener, el precio máximo que el mercado está dispuesto a pagar por ese bien, así la comisión o el gobierno o quien fuera considerara que el valor era muy grande, realmente el Estado a la larga es quien define el valor del bien.

(...).

Entonces era una decisión bastante delicada y la comisión, según entiendo yo, optó por apoyarse en un estudio técnico y así fue como nos llamaron para que les actualizáramos el estudio.

Me voy a permitir hacer un esquema muy sencillo de lo que es ese negocio (...).

Digamos que uno en ese estudio se enfoca, a hacer un análisis en general ... primero identificando los grandes agregados importantes del negocio. ... El primero es el entorno macroeconómico, el otro es el entorno de mercado y competencia, un tercero es el conocimiento del tipo de negocio, el cuarto la capacidad de gestión de quien esté manejando ese negocio y el quinto, es la capacidad financiera.

...el primer entorno macroeconómico pues obviamente concentra todas las variables que traducen el número, lo que se espera que sea el comportamiento de la economía, en este caso la variable más importante era el crecimiento del producto bruto interno, ... Porque se considera que de alguna manera el crecimiento de los sectores están amarrados o siguen una tendencia similar a la del producto bruto, unos con mayor velocidad o factor de aceleración y otros con menor.

El segundo punto importante era el mercado y la competencia, estos dos elementos el del mercado y el de la variable macro, se unen y forman digamos como una compenetración que le permite a uno determinar de alguna manera cuál va a ser la proyección esperada de lo que es el tamaño del mercado, en general del negocio.

¿Y por qué se une? Porque aquí manejamos el tema de la economía; aquí en este mercado manejamos el tema de lo que en la jerga de estos negocios llaman ellos la torta publicitaria.

Entonces, la gran discusión estaba en ese momento en tratar de ver cómo se podía relacionar el crecimiento de la economía con ese crecimiento de la torta publicitaria que iba a ser la parte fundamental para definir el tamaño del mercado en que iban a desarrollarse estos negocios.

(...).

Los economistas que nosotros consultamos en reuniones informales, ... nos dijeron que la elasticidad que es la relación entre el crecimiento del PIB para ponerlo en términos sencillos y el crecimiento de la publicidad era por encima de 1, o sea que cada vez que el PIB crecía, se podría esperar que el crecimiento de la publicidad fuera superior, en ese estudio, con base en esos conceptos se definió una elasticidad y se utilizó; creo que era del 1.5 veces el crecimiento del producto bruto interno.

¿Qué problemas adicionales enfrentaba? No es tan grave en mi opinión que la elasticidad sea alta, baja o no sea exacta, qué sucedió en un momento, es más importante el punto de partida de la proyección que uno va a realizar, lo más importante era poder saber cuál era el valor de la inversión neta en publicidad en el medio televisión en el momento inicial de la proyección; estábamos hablando para la comisión del año 96, 97.

(...).

Cuando la elasticidad es mayor que 1, es porque se está enfrentando uno a un negocio con todo un potencial, es un

negocio nuevo, ... y la publicidad es un sector que en los países en desarrollo que también consultamos, ... algunas experiencias internacionales, en los países en proceso de desarrollo ha crecido por encima de PIB porque en la medida en que la economía crece, que se va pasando de sectores tradicionales a sectores de consumo masivo la publicidad cobra una importancia decisiva en el desarrollo; ... esa era la opinión de los economistas y así se lo manifesté al instituto SER y obviamente el instituto SER con todo su derecho se mantuvo en su posición.

(...).

Nosotros lo que hicimos fue tomar la serie de 5; 4.7; y en lugar de bajarla al 4.5, continuamos con el 4.7. O sea que en resumen tomamos la base de publicidad, inversión neta de publicidad que tenía el instituto SER y pusimos una elasticidad por encima de 1, inferior a la que inicialmente habíamos tomado en el estudio, pero de todas maneras por encima de 1 y usamos los mismos supuestos de crecimiento del PIB que había utilizado el instituto SER en sus análisis, salvo porque en la proyección final en lugar de poner el 4.5 que él decía, pusimos el 4.7 y así se hizo el estudio.

(...).

Los ingresos de publicidad entran en este negocio porque lo que se vende son las pautas a cambio de anunciar un producto industrial, comercial o de servicios; la programación alimenta este negocio en la medida en que si la programación es buena y atractiva ... va a ver una alta demanda por los espacios en donde se pueda anunciar en esta programación.

(...).

La segunda parte que es todavía en mi opinión quizás más importante de tener clara, es que este es un negocio de lo que se llama costo fijo. Esto quiere decir que cuando arranca un negocio de un canal el día 0 de salir al aire, toda la inversión en equipos, infraestructura, absolutamente toda la inversión que se requiere para poder mandar la señal tiene que estar hecha, pero como si fuera poco, todo el producto que va a vender tiene sí ¿qué es ese producto hecho o comprado? La programación; es decir el canal tiene que salir con toda su infraestructura para la cobertura que le exigieron y tiene que salir con toda la programación las 24 horas, las 18, las 12 horas que le hayan fijado ...

Aquí el canal no se puede equivocar y viene una parte que es la gestión que la vamos a ver más adelante, entonces esto lo tiene que tener invertido, el día cero de arranque del negocio, implica que la inversión es inmensa, olvidémonos de la licencia, eso es un resultado de todos estos análisis, el día 0 tiene que haber hecho aquí la inversión total y debe haber arrancado con una programación y todavía no sabe, no tiene ni idea de cómo le va a ir en el mercado y esa capacidad le da para los 10 años básicamente, entonces es un negocio de costos fijos, lo que puede empezar a ahorrar en términos variables en la medida en que vaya penetrando el mercado es irrelevante en los análisis. Arranca frente al mercado y resulta que en los ingresos del mercado. Va a haber un período de tiempo 1, 2, 3 años no se cuantos serán, ahora les explico cómo fue la propuesta del estudio, en que va a estar creciendo en su mercado hasta que llega un momento en que se le trepa inmensamente.

El inversionista en este tipo de negocios sale a matarse por cualquier punto en el mercado, matarse es matarse, es decir, en la medida en que el inversionista logre más rápido penetrar más proporción de esa torta, la recuperación de su inversión está más garantizada y va a ser muchísimo mayor, entonces esto me parece que es fundamental para que tengan claridad sobre el proceso de decisión y sobre todo el enfoque del estudio. Entonces se empieza a suponer cuál es la competencia, quiénes van a entrar a jugar, si se requiere un costo fijo tan alto de entrada no hay manera de que no sean grupos económicos fuertes. ... Esto no es un negocio para inversionistas con poca capacidad financiera, no es un negocio para arrancarlo con niveles de endeudamiento alto.

(...).

El instituto SER tiene la capacidad de hacer las proyecciones macroeconómicas y normalmente se tiende a apoyar en planeación nacional, en las autoridades económicas, se consultó las proyecciones que, en su momento, planeación nacional tenía sobre el producto interno bruto.

(...).

Preguntada por el señor apoderado de la convocante si había en su momento en el año 97 alguna evidencia o alguna seña o algo que hiciera prever, intuir, maliciar algo la caída económica?

Contestó: “Creo que en eso ni el Banco de la República ni los economistas más afamados de este país ni el Banco Mundial ni el Banco Interamericano de Desarrollo ni el Fondo Monetario Internacional absolutamente nadie preveía esa caída, eso si creo que a todos nos cayó de sorpresa todos bajamos de estrato pienso en mi experiencia como asesora consultora me ha mostrado que el optimismo o la equivocación fueron generalizados y la mayoría de los negocios por no decir que absolutamente todos están pasando en este momento por una crisis impresionante el sector financiero, el sector real las empresas del sector real cuántas empresas están en la Ley 550, o sea que yo creo que eso es una cosa que es inherente al riesgo de los negocios y que los inversionistas los accionistas se la juegan, juegan a la economía o no le juegan una vez una apuesta no hay manera de cambiar el número”. (negrillas fuera del texto).

(...).

Cualquier inversionista está libre de manejar sus unidades de negocio como quiera, el análisis que le presenté aquí, era una decisión que tomamos para hacer el análisis que facilitaba digamos la valoración del negocio que se iba efectivamente a entregar en concesión, lo hacía más transparente, más claro y más conciso, porque el negocio de la producción o realización de los programas es un negocio mucho más complejo, sin embargo el inversionista tiene toda la potestad de saber si los maneja o no, o si los maneja separados, simplemente yo lo planteo así, porque así fue como concebimos y nos pareció la fórmula más adecuada, todavía lo creo, porque se evita mezclar otros ingredientes externos que distorsionarían el valor de la concesión o del negocio para el cual se iba a hacer la concesión”.

Carlos Alfonso Muñoz Sánchez

El declarante manifiesta que el Ministerio de Comunicaciones contrató a la firma Inversiones e Ingeniería Financiera para que hiciera un estudio tendiente a analizar el mercado de televisión que permitiera valorar la licencia para operar canales de televisión privada. Asomedios por su parte confió un estudio similar al instituto SER, que luego fue puesto a disposición de la CNTV.

Agrega que en esas circunstancias la CNTV consideró del caso, principalmente por el tiempo transcurrido, ordenar la actualización del estudio de la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, a disposición de la cual se sometió el estudio del instituto SER para que lo tuvieran en cuenta en sus análisis.

Así las cosas, Inversiones e Ingeniería Financiera además consultó un experto economista, el que manifestó su acuerdo con el estudio y la actualización que hizo la firma citada.

Recibido el estudio actualizado, la CNTV consideró conveniente contratar los departamentos especializados de las universidades Nacional, de Los Andes y Javeriana, habiéndose excusado esta última por congestión de trabajo de atender la petición.

El resultado suministrado por las universidades Nacional y de Los Andes era similar al de Inversiones e Ingeniería Financiera y en desacuerdo abierto con el estudio hecho por el instituto SER.

Así el mes de junio de 1997, según consta en el acta 259 de la CNTV, se acordó el valor de la licencia de la concesión en US\$ 95 millones de dólares, abriéndose la licitación en septiembre 18 de 1997, que se cumplió de acuerdo a la ley, recibiendo tres propuestas de firmas interesadas, y quienes obtuvieron el más alto porcentaje fueron RCN y Caracol Televisión, por lo cual se les adjudicó a las mismas la concesión de los dos canales disponibles para la televisión privada.

Indica que dichas firmas mostraron su entusiasmo con las adjudicaciones respectivas y que por otra parte, habían estado rodeadas de expertos consultores abogados, economistas, comercializadores y mercadotecnicistas, dado que se trata de firmas muy serias representativas de los más importantes grupos económicos del país dueños de medios de comunicación, por lo cual los contratos fueron celebrados con estas empresas.

Destaca que dichas empresas “hicieron lógicamente todos los cálculos de rentabilidad que podían tener haciendo televisión privada y ... concluyeron que el punto de equilibrio para que el negocio fuera rentable y productivo sin contar con el intangible que representa, porque es imposible cuantificarlo en dinero, ... representa en cualquier país del mundo ser dueño de un canal de televisión ..., el poder que significa tener un canal propio de televisión a nivel político, social, económico, en todos los órdenes ..., lo que significa para una persona, una empresa, un grupo que tiene un medio de comunicación tan importante como un canal de televisión, eso es un intangible repito que no se puede medir en pesos, calcular en dinero”.

“De tal manera que si se da cuenta de ese poder y yendo simplemente a las cifras hemos calculado que el punto de equilibrio según entendí sería aproximadamente a los 6 años de un manejo razonable del canal, podríamos empezar a tener ganancias, sin embargo nosotros y el país entero yo creo que con beneplácito el hecho de que una de las dos firmas, por lo menos es lo que se ha sabido públicamente desde hace ya un tiempo y en todos los medios, en la mitad de ese término de los 6 años para llegar al punto de equilibrio y empezar a obtener ganancias a los 3 años. RCN Televisión reportó ganancias el año pasado por más de \$ 12.000 millones, o sea que fueron bastante conservadores todos los expertos que calcularon me imagino muy juiciosamente y sin querer ser excesivamente optimista cuando calcularon los 6 años para empezar a equilibrarse cuando a los 3 años solamente ya empezaron a reportar ganancias realmente bien importantes”.

Añade que respecto a los intereses debe tenerse presente que quien vende a crédito o a plazos cobra intereses, y que por otra parte, la Ley 182 de 1995 fija plazos para dos años para hacer el pago de la concesión.

Mónica De Greiff Lindo

Manifiesta que cuando fue nombrada miembro de la junta directiva de la CNTV, uno de los asuntos importantes era el relativo a la instauración de la televisión privada, a efecto de lo cual se siguieron los ordenamientos de la Ley 182 de 1995 para la apertura de la licitación y el otorgamiento de las respectivas concesiones

Agregó que otro punto importante era fijar el precio de dichas concesiones, pues no se trataba de una subasta, sino que debía cumplirse requisitos previos, como la inscripción en el registro único de proponentes.

Otro de los temas importantes era realizar el ordenamiento del espectro electromagnético y recibir las frecuencias que el Ministerio de Comunicaciones asignara para el uso de la televisión, tanto pública como privada. Añade que sí hizo la evaluación del estudio entregado a la CNTV por el ministerio, y que este trasladó a la CNTV el estudio efectuado por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, a la cual la CNTV le solicitó su actualización, la que presentó las diferentes variables de acuerdo a la Ley 182 de 1995, contemplando aspectos como el poblacional, el cubrimiento territorial, la infraestructura requerida, la inversión necesaria, la publicidad, etc.

Igualmente comenta que se recibió en la CNTV el estudio realizado por el instituto SER a solicitud de Asomedios sobre inversión en publicidad, encontrándose diferencias en el impacto de este frente a lo calculado en el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera, y frente al estudio del instituto SER.

Dice que la red a utilizar tenían que disponerla los adjudicatarios de las concesiones, pues no estaba previsto que contara con la red de Inravisión. Así mismo señala que el número de habitantes al que se debía atender era de 30.000 mínimo, por tratarse de un servicio público de efecto nacional. Indica que la decisión sobre el precio se basó en detenidas consideraciones de los comisionados, teniendo en cuenta las diferentes opciones, garantizándole a los concesionarios la presencia de solo dos canales, dada la alta inversión que tenían que hacer, para lo cual debían contar con una garantía de exclusividad.

En lo relativo a la forma de pago, expresa que según la ley este debía hacerse en dos años, y que no había ninguna oposición por parte de los interesados, ni al precio ni al plazo, ni a los intereses, estando fijado el precio desde antes de abrir la licitación, como ya se dijo, y sin que este fuera objeto de negociación alguna, pues estaba fijado en los pliegos de la licitación, al igual que el modelo del contrato.

Sobre el valor de US\$ 95 millones de dólares, manifiesta que este fue conocido desde mucho tiempo atrás a la fecha de celebración del contrato, puesto que hubo un debate en la comisión sexta del Senado sobre estos particulares, y además una vasta difusión a través de los medios de comunicación, prensa, radio, televisión, etc.

Precio que se mantuvo a la apertura de la licitación. Señala la unanimidad con que los comisionados presentes al momento de la toma de decisión acogieron el valor de US\$ 95 millones comentado, indicando que "...siempre tuvimos muy claro (que) la Constitución dice que el espectro electromagnético es un bien público; nosotros no podíamos llegar a fijar un precio ni demasiado alto ni demasiado bajo frente a unos estudios como bien público...". Finalmente comenta que los comisionados tuvieron mucho cuidado en revisar las distintas alternativas(96), mirando cada una de las opciones.

Álvaro Pava Camelo

Dice que el Ministerio de Comunicaciones entregó a la CNTV el estudio que se había realizado con la firma Ingeniería e Inversiones Financieras relativo a los costos que debía tener la concesión de canales privados de televisión que la CNTV estaba obligada a adjudicar bajo los términos de la Ley 182 de 1995, lo cual ocurrió a mediados de 1995. Igualmente que la CNTV conoció el estudio contratado por Asomedios con el instituto SER, el cual difería del anterior de manera sustancial, por lo cual la CNTV buscó que algunas universidades analizaran el estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera, confrontándolo con el del instituto SER, de lo cual se ocuparon, finalmente, las universidades Nacional y de los Andes, especialmente tomando en cuenta la incidencia en la inversión publicitaria del producto interno bruto.

Las mencionadas universidades coincidieron en que el más ajustado de los estudios del instituto SER y de Inversiones e Ingeniería Financiera era el de esta última y con el que, actualizado, la CNTV hizo los análisis de los escenarios posibles que tenían que ver con la posible penetración de los canales, la población a la que llegaría, el número de canales, el sistema operacional, la consideración de si era una sola la red a suministrar y si la suministraba el Estado o no, factores todos que había que considerar.

Debe tenerse presente que entre el análisis original a partir de la creación de la CNTV y la adjudicación final de la concesión se expidió la Ley 335 de 1996 que estableció que los canales nacionales ya no serían de operación zonal con proyección futura a ser convertidos en nacionales, tal como lo disponía la Ley 182 de 1995, sino que ya podrían iniciar operación en el orden nacional.

Anota que se hicieron luego debates muy intensos, pues no era fácil ponerse de acuerdo, y en junio de 1997 resolvió la CNTV estudiar diferentes escenarios para la operación de los canales privados, siendo distintos los precios considerados dentro de cada alternativa. Así se llegó, finalmente, a la decisión en junta directiva de la CNTV, con los 4 miembros presentes quienes decidieron por unanimidad la cifra que debería ser de USD\$ 95 millones, con la cual se elaboró el pliego de condiciones y más adelante se firmó el contrato referido, con poblaciones superiores a 30.000 habitantes, con penetración superior al 25%, dos canales nacionales de operación privada, por un período de diez años, según lo establecido por la ley, prorrogables por otros diez años. Anota que la cifra fue escogida directamente en dólares.

Preguntado si dentro de los deberes de la CNTV se previó que el producto interno bruto no fuera a crecer, sino por el contrario fuera a decrecer, contestó: "No, la verdad es que es un escenario muy difícil de planear y en el estudio no estaba previsto y lo que nosotros teníamos a la mano eran los estudios del instituto SER como lo he dicho y de la firma de Ingeniería Investigaciones Financieras y esas posiciones establecían que el producto interno bruto crecía y no lo contemplamos, ni previmos esa circunstancia".

Agrega el declarante que fijado el precio se inició el proceso licitatorio cumpliendo con las normas legales correspondientes, se presentaron tres proponentes, y no hubo solicitud para que el precio se bajara o fuera distinto al ya acordado de USD\$ 95 millones, con el cual se celebró el contrato.

Édgar Guillermo Plazas Herrera

Considera que la CNTV como ente regulador de la televisión, ha actuado no solo basada en principios legales, sino dentro de la coyuntura que daba oportunidad para que el sector privado tuviera la oportunidad para que la televisión privada entrara en Colombia, pues hasta ahora solo había televisión pública.

Cuenta que por los documentos que ha leído, la CNTV actuó para entregar las concesiones a particulares, no solamente acorde con la ley sino tomando en cuenta que ninguno de los proponentes, que eran tres, se opuso al

monto que se le cobrara por la concesión, sin que se presentaran diferencias relacionadas con el costo de la concesión o con la forma de pago del mismo por parte de los concesionarios.

Señala que la CNTV se reunió muchas veces con los concesionarios antes de la licitación y de la firma del contrato, realizando audiencias, siempre basada en las disposiciones legales y con acuerdo a las voluntades de las partes para la firma del contrato. Así mismo que la ley señala el término de dos años para pagar el monto de la concesión, por lo cual los intereses se colocaron acordes con los concesionarios de televisión en los dos contratos, siendo aceptados por ellos sin ningún reparo. En lo referente al monto de USD\$ 95 millones fijado por la concesión, al ser inquirido al efecto, puso de presente: “Dentro de lo que he mirado y revisado, precisamente a raíz de todo el problema que surge legal, no solo administrativo sino penal de la comisión, tuve la ocasión de mirar con detenimiento las oposiciones que surgieron o que se dan a través de un proceso licitatorio, pero en ninguna que me conste y que yo pude haber dejado de leer, había una posición sobre el monto de la concesión, sobre el valor de la concesión y tampoco sobre los intereses, claro que los intereses son posteriores al momento de la firma del contrato”.

Interrogatorio de parte de Jorge Del Cristo Martínez De León, representante legal de la convocante

Manifiesta como respuesta a la pregunta 2, sobre el valor fijado a la concesión: “Existieron varios pronunciamientos en esa oportunidad, Caracol si estimó que era alto el valor de la licencia, lo hizo saber a la comisión, no se si consta en algún documento, pero se que en reuniones con los comisionados se planteó o se inquirió por el origen de esa fijación, por los fundamentos que tuvo la comisión para fijarlos, nunca se tuvo el conocimiento claro del procedimiento por el cual se había llegado a la fijación de ese valor, eso solamente se pudo establecer con posterioridad al proceso licitatorio”.

Luego agregó: “...puedo decir que todas las empresas relacionadas con el grupo Bavaria, no representan más del 7% del total de los ingresos por pauta del canal, lo que habría que comparar en el momento es cuánto representan esas empresas en la economía del país y cuánto representan esas empresas en el mercado publicitario en general, que esa comparación tal como usted la está planteando no ofrece mayor claridad, porque son muchas empresas y son tal vez empresas que no solamente en Colombia, sino en el mundo anuncian más en televisión, hay empresas muy grandes que tradicionalmente en Colombia no anuncian en televisión o que tienen presupuestos muy bajos en televisión, pero las empresas a que me refiero son empresas que generalmente anuncian mucho por ser empresas de productos completamente masivos, no podemos por ejemplo comparar a una entidad financiera que en Colombia no ha tenido mayor presentación en el mercado publicitario a una compañía que produce gaseosas o cervezas que son productos de consumo masivo y que por lo tanto requieren una mayor reiteración de mensajes publicitarios”.

A la pregunta sobre las empresas que participan mayormente en la pauta publicitaria de Caracol, respondió: “Están las multinacionales que se dedican a la venta de productos como jabones, papel higiénico, toallas higiénicas, en general todo tipo de detergentes, igualmente las gaseosas, la organización como Coca Cola, igualmente las cerveceras, digamos que esas y en últimas vendrían las empresas que se dedican al ramo de las finanzas, pero en principio los grandes clientes son básicamente multinacionales de detergentes, jabones, ese tipo de productos y empresas que tienen por objeto producir bebidas tanto alcohólicas como no alcohólicas.

Finalmente dijo: “Le reitero que cuando uno suscribe el contrato está aceptando muchas cláusulas aunque en su momento pueda considerar que no son justas o que encierran algún tipo de ... o que puedan contrariar la posición del particular, la licitación como usted bien lo sabe ha sido de un contrato de adhesión, muy pocas son las variaciones que hace una entidad estatal después de haber abierto un proceso licitatorio, efectivamente Caracol firma el contrato, no le puede decir si lo firma, pero en sí considera que puede haber algún error en ese tipo de planteamiento o en el desarrollo de esas cláusulas se van a presentar problemas, pero efectivamente tengo que decirlo firmó el contrato, por lo tanto estando en ese momento acéfala la cláusula aunque posterior pueda discutir las porque se contraría alguna norma con su firma”.

Documentos

Aunque arriba nos referimos en detalle a ellos, como pruebas, legalmente decretadas y aportadas al proceso, es del

caso aquí reiterar la importancia de algunos de ellos, a saber:

- Pliegos de la licitación, en su integridad;
- Propuesta del licitante, que posteriormente fue seleccionado por la CNTV como concesionario;
- Contrato estatal de concesión 136 de fecha 22 de diciembre de 1997, celebrado por las partes hoy en litigio;
- Acta 259 de la Comisión Nacional de Televisión de fecha 16 de junio de 1997 mediante la cual la CNTV impuso el valor de los derechos al concesionario por el otorgamiento de la concesión, el cual fijó en la suma de noventa y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América;
- Estudio del instituto SER;
- Estudio de Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF), el cual le sirvió a la CNTV de fundamento para la determinación de las variables que dieron lugar a la fijación del valor de la concesión;
- Conceptos de las universidades Nacional y de Los Andes;
- Índices de precios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE;
- Certificado de Cámara de Comercio sobre existencia y representación legal de la convocante.

Dictamen pericial

Fue rendido por connotados peritos, Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano. Sobre el mismo emitieron las aclaraciones y complementaciones, solicitadas por las partes, sin que el dictamen hubiera sido objetado.

E. Del perjuicio

La crisis económica

La situación económica del país, ha sufrido cambios sustanciales en los últimos años. En efecto, de tener una tasa de crecimiento del producto interno bruto, PIB, cercana al 3.2% en 1997, se pasó a un crecimiento del 0.4% en 1998 y a un decrecimiento cercano al -5% en 1999.

Este deterioro de la situación económica general colombiana trajo consigo: Un incremento del desempleo, el cual pasó primero del 15% en 1998, luego al 18% en 1999 y, por último al 20.5% en el 2000, un notable descenso en el consumo, el cual pasó del 3.9% en 1997, al 0.9% en 1998 y al -7.4% en 1999. Para el año 2000, la variación porcentual fue del 1.03%. La drástica caída del consumo generó, consiguientemente, una reducción de la demanda interna, la cual fue acompañada de un fuerte descenso en la formación interna bruta de capital fijo, -36.6% en 1999. En resumen: El consumo total de la economía pasó del 4% en 1997 al 0.9% en 1998 y al -4.9% en 1999 en vertiginoso descenso implacable.

El deterioro de la situación fiscal del país, originado en parte, por el desbordamiento del crecimiento del gasto público y por la caída de los ingresos del Estado en 1998, 1999 y 2000, se tradujo, a su vez, en un incremento del déficit fiscal que acrecentó la crisis. En efecto, al finalizar el año 1997 el déficit fiscal como porcentaje del producto interno bruto, PIB, era del 3.5% y en el año 1999 cercano al 6.5%. El deterioro de la situación fiscal fue uno de los elementos que mayormente generó presiones a la banda cambiaria. Además, para alcanzar un clima de confianza, fue necesario negociar un crédito “Stand By” por US\$ 3.500 millones con el Fondo Monetario Internacional, FMI, con el fin de asegurar la estabilidad de las reservas internacionales, lo que implicó el tener que entrar a un programa de ajuste en el frente fiscal, sujeto a supervisión exigente por parte de este organismo.

Por otra parte, el entorno para fomentar la inversión, se deterioró por el incremento de la inseguridad y por el efecto del déficit fiscal, ya que para ajustar las finanzas públicas se disminuyó notoriamente la inversión pública, que por la vía del multiplicador de la misma, redujo, a su turno, la inversión privada y, por ende, la inversión total en la economía nacional.

Adicionalmente, los inversionistas carecieron de estabilidad en las reglas a corto, mediano y largo plazo. Se aumentaron los impuestos, las contribuciones y los precios de los bienes y servicios. Las finanzas públicas de la mayoría de los departamentos y municipios presentan desajustes económicos. La situación cambiaría en los años 1998, 1999, contribuyó a generar niveles indeseados de empobrecimiento general. La financiación de vivienda, colapsó en 1998, 1999 y 2000; y por ello se creó el nuevo sistema de unidad de valor real, UVR; sin embargo, el empobrecimiento de los deudores del antiguo sistema UPAC que entregaron sus viviendas a las CAV, tuvieron y mantienen afectado severamente el sector de la construcción.

También se presentó un serio desajuste en el frente externo. Las importaciones pasaron de crecer 9.1% en 1997 a decaer significativamente en 1998, 1999 y 2000.

Así, el descenso del consumo interno, unido a los efectos de las devaluaciones del peso realizadas entre junio de 1998 y septiembre de 1999, sobre la competitividad de las exportaciones, hizo que los empresarios impulsaran las ventas al exterior para evitar el deterioro económico de sus empresas. Por esto las exportaciones presentaron un comportamiento favorable. En 1997 aumentaron el 7.7%, en 1998 el 7.3% y en 1999 el 6.5%. Por lo anterior, el déficit de la cuenta corriente de la balanza de pagos se redujo del 6.5% del PIB en 1997 a cerca del 2.0% en 1999.

Después de un período en el cual las tasas de interés, tanto de captación como de colocación habían iniciado un proceso de descenso gradual, repuntaron a partir de finales de febrero de 1998, hasta llegar a niveles exorbitantes en el período subsiguiente.

En febrero de 1998, el Banco de la República, a raíz de los brotes especulativos iniciados contra la tasa de cambio, decidió defender la banda cambiaria, utilizando la tasa de interés como instrumento principal. A partir de entonces y hasta el mes de noviembre del mismo año, las tasas de interés se incrementaron a niveles nunca antes vistos. En efecto, las tasas de interés por colocaciones marginales, se ubicaron en los niveles máximos permitidos por la ley, proceso que fue acompañado “*pari-pasu*” con el aumento de las tasas pasivas de interés, las cuales alcanzaron niveles superiores al 42% efectivo anual. Entre tanto, se evidenció el surgimiento de la recesión y su profundización, que afectaron gravemente el panorama nacional.

Con la agudización de la recesión y el aumento de las tasas de interés anotadas, se empezó a notar un descenso en el ritmo de crecimiento de la cartera del sistema financiero.

En 1999, se dio un viraje en la orientación de la política monetaria, reduciéndose las tasas de interés. La banda cambiaria se modificó en febrero y en junio de 1999, y finalmente, se abandonó en septiembre. La DTF cayó de niveles cercanos al 36% efectivo anual en diciembre de 1998 a menos del 17% efectivo anual en diciembre de 1999, tendencia que se mantuvo en el 2000. Al no reactivarse la demanda del crédito, tanto por la incertidumbre de los inversionistas como por el mayor cuidado puesto por los intermediarios en la evaluación de las solicitudes de crédito, las tasas de interés de las operaciones activas de crédito, descendieron a niveles inferiores al 27% efectivo anual, aunque en el primer semestre del año se mantuvieron en niveles superiores al 30% efectivo anual lo que no facilitó la recuperación de la economía. Finalmente, la recesión unida al alto desempleo y a la reducción de la demanda, tanto de consumo como de inversión, terminaron por generar también un proceso de deterioro de la calidad de cartera de los intermediarios financieros de severo pronóstico.

No obstante ser esta situación de público y notorio conocimiento, el tribunal tomó en cuenta para este acápite, entre otras, las siguientes

(Fuentes:

- 1999 Un año de turbulencia, Ensayos económicos de la Contraloría General de la República, TM Editores, autores varios.
- Publicación Confis, Consejo Superior de Política Fiscal, panorama fiscal de Colombia, julio 1999, agosto y septiembre 2000.
- Publicaciones: Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Coyuntura económica; Fondo Monetario Internacional FMI; Banco de la República, etc.).

Valoración del perjuicio

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

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

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

Por otra parte, la crisis económica arriba descrita constituye un verdadero conjunto de fenómenos económicos de ocurrencia extraordinaria ocurrida en forma totalmente imprevista, por cuanto, además, eran, igualmente, del todo imprevisibles y, además, ajena y no imputable a las partes. En efecto, de un lado, la CNTV procedió en sus determinaciones con pleno sentido de la responsabilidad, prudencia y seriedad, de la que deben estar imbuidos los funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones legales, respecto en este caso a la determinación del valor de los derechos de otorgamiento de la concesión; en tanto que, de otro lado, la convocante también actuó en igual sentido.

Esos fenómenos resultaron de tal naturaleza y desproporción que no solamente afectaron gravemente la economía nacional, sino particular y severamente la economía del contrato.

Ahora bien, la doctrina jurídica ha establecido que la ruptura económica del contrato se presenta cuando su onerosidad aumenta, es decir cuando las cargas económicas contractuales devienen mayormente gravosas para una de las partes.

Para tales efectos, es necesario tener presente, según los tratadistas, que la mayor onerosidad de las condiciones contractuales como efecto de las situaciones extraordinarias sucedidas, no tienen que ser de la naturaleza de aquellas que llevarían al contratista a la ruina definitiva o a un estado general de insolvencia. Basta con que esas circunstancias imprevistas que afectan la economía del contrato produzcan un incremento en los costos del mismo que haga excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación o ejecución del mismo (v. Escobar Gil Rodrigo, Teoría general de los contratos de la administración pública, pág. 567)

Dicho de otro modo, para que se afecte la ecuación contractual, no se requiere que el fenómeno de que se trate sea de tal naturaleza que impida el cumplimiento del contrato, solo se necesita que resulten más gravosas las prestaciones para una de las partes, debiéndose hacer la reparación del desequilibrio económico en forma inmediata.

En efecto, el estatuto contractual le impone a la administración contratante el deber de restablecer el equilibrio financiero de un contrato, cualquiera que sea la causa de su rompimiento, al momento mismo en que este se presente (L. 80/93, arts. 4º, 8º y 27).

Estas previsiones legales junto con el principio de transparencia que inspiran la contratación estatal, no hacen cosa distinta que desarrollar, entre otros, el artículo 1603 del Código Civil, según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, y ellos obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Esas exigencias le fijan al contratista, a su turno, el deber de informar inmediatamente a la administración contratante sobre la ruptura de la ecuación financiera del contrato al momento en que ese fenómeno

se presenta. De lo contrario, sería dejar a la elección del contratista la determinación del momento de la reclamación, lo que podría dar lugar a pretensiones desmedidas especialmente, en tratándose de contratos de larga duración y montos elevados.

Por ello el artículo 27 ya citado exige a las partes, administración y contratista, adoptar en el menor tiempo posible las medidas tendientes a restablecer la ecuación financiera. De allí se deduce, que si ello no fuere posible por las discrepancias que puedan surgir en torno al restablecimiento del equilibrio económico por las mismas partes, ellas en cumplimiento del mismo deber legal deben acudir a las otras soluciones previstas en el contrato o en la ley con el objeto de definir las controversias de manera expedita y eficaz, en orden a proteger el principio de economía contractual (L. 80/93, art. 25).

Las anteriores apreciaciones del tribunal conducen necesaria y legalmente al restablecimiento inmediato de la ecuación económica contractual, lo cual es opuesto del todo a las aspiraciones de quienes pretenden que el restablecimiento del equilibrio se lleve a cabo solo al final del plazo contractual, en este caso al final de los diez años de duración de la concesión, es decir cuando el daño económico sea irreparable y todo perjuicio se haya consumado.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993, (art. 27), ordena que cuando la selección del contratista se celebre por la vía de la licitación o concurso, como en el caso *sub judice*, la equivalencia de las prestaciones debe preservarse con relación al momento de proponer.

Así lo desarrolla el tribunal en el acápite subsiguiente.

La Ley 182 de 1995, en su artículo 5º, literal g), dispuso:

“ART. 5º—Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a 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. ... Los derechos, las tasas y tarifas deberán ser fijadas 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 ...”.

Con fundamento en la norma transcrita, se establecieron cuatro variables que fueron tenidas en cuenta en el modelo elaborado por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF) para comparar las alternativas que se presentaban en el estudio que debía determinar el valor de la concesión: la cobertura, la penetración de mercado, la infraestructura y la proyección de INPT. La combinación de estas opciones conformó el universo de las 96 alternativas analizadas.

Para la cobertura, se incluyeron cuatro opciones de acuerdo con el tamaño de los municipios a los cuales se pretendía llegar, pasando por poblaciones de más de 30.000, 20.000 o 10.000 habitantes, hasta abarcar la totalidad de los municipios del país.

Sobre la penetración de mercado posible por canal, se analizaron seis opciones entre 15% y 40%, con intervalos de 5%.

El análisis incluyó dos opciones, dependiendo de si se compartía, o no, la infraestructura y se tuvieron en cuenta las dos proyecciones de la Inversión Neta en Publicidad en Televisión (INPT) elaboradas por el instituto SER y por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF), que diferían en la elasticidad ingreso de dicha inversión con relación al PIB. En la primera se tomaba un valor de 0.8603 y en el segundo estudio se trabajó con 1.4043.

Para llegar a un valor de la concesión con base en el modelo financiero utilizado por la firma consultora (IIF), la Comisión Nacional de Televisión, seleccionó una cobertura de poblaciones de más de 30.000 habitantes.

Como señalan los peritos en el dictamen pericial, (fl. 5), para una cobertura de poblaciones de más de 30.000 habitantes y sin compartir infraestructura, de los escenarios de valoración propuestos en el estudio que se muestran en el cuadro 16, el que más se aproxima a la cifra adoptada por la Comisión Nacional de Televisión para el valor de la concesión corresponde a una penetración del 30% con una elasticidad de 1.4043, que fue la propuesta por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF).

De las cuatro variables, dos quedaron determinadas previamente al proceso licitatorio: la cobertura y la infraestructura. La penetración del mercado es una variable que está exclusivamente en manos de los concesionarios, quienes deben definir sus políticas de programación para tratar de llegar a una más alta participación de sintonía que se refleja en un mayor volumen de ventas por pauta publicitaria.

Quedó, pues, como única variable, la proyección de la INPT que es, en últimas, con base en la cual se pueden estimar los ingresos por venta en los canales privados de televisión. En el modelo usado, la INPT depende del crecimiento del PIB, asumiendo un valor de la elasticidad-ingreso en 1.4043. La proyección del PIB, en el modelo elaborado por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF) para determinar el valor de la concesión, se hizo con una tasa de crecimiento promedio del PIB real de 4.75% anual para el período 1997-2007. Sin embargo, el comportamiento de la economía en los años siguientes demostró que esta cifra resultó sobrestimada.

El PIB, en términos nominales, tiene dos componentes: el PIB real y el deflactor del mismo que, como lo dicen los investigadores del CEDE de la Universidad de Los Andes, "... son difíciles de proyectar, pues evolucionan de manera estocástica, en respuesta a circunstancias exógenas y estructurales". Estas dificultades, unidas al comportamiento de la economía en 1998, año en el cual se presentó un crecimiento de 0.48% y en 1999, cuando la cifra resultó negativa, en (-4.48%) (fl. 56 de ampliaciones y complementaciones), obligan a analizar el comportamiento de la INPT en forma independiente de las variaciones del crecimiento del PIB.

En el dictamen pericial y en sus ampliaciones y complementaciones (fls. 1 y 3 respectivamente del dictamen pericial), se muestra que los valores de la INPT, en el período 1998-2000, disminuyeron con relación a las proyecciones de IIF, en porcentajes que oscilaron entre el 17 y el 31%. Esta sustancial reducción en los dos primeros años de explotación de la concesión se reflejan en la disminución de las ventas por pauta publicitaria de los concesionarios, quienes vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad.

Este fenómeno ocasionó un desequilibrio financiero, que está limitado en sus efectos económicos, a los años de 1999 y 2000, el cual tuvo que ser neutralizado directamente por el concesionario haciendo un mayor esfuerzo financiero, representado en importantes aumentos de las capitalizaciones y del endeudamiento previsto en la oferta, logrando así incrementar los niveles de ingresos hasta alcanzar los contemplados en su propuesta, con un margen razonable de desviación, corrigiendo en esta forma el único desequilibrio contractual posible por las causas anotadas (véanse, entre otros, los anexos 3C y 3D, de las ampliaciones del dictamen pericial).

Los peritos al dar respuesta a la pregunta 30.1 del apoderado de la parte convocante, presentan el cálculo del valor de la concesión, "actualizando el modelo usado por Inversiones e Ingeniería Financiera, con los valores de la INPT para los años 1998, 1999 y 2000 ...", manteniendo iguales las demás condiciones estipuladas en la licitación con relación a la cobertura y a la infraestructura.

Sin recalcular los valores de la INPT proyectados a partir del año 2001, o sea, manteniendo los establecidos en el modelo original, el valor de la concesión resulta en 569.795 millones de pesos, como se aprecia detalladamente en el folio 28 anexo 2 del dictamen. Este valor difiere en \$ 32.861.05 millones del valor definido por la Comisión Nacional de Televisión del 16 de junio de 1997 —acta 259— (\$ 102.650 millones).

Ahora bien, el valor pagado por el concesionario a la CNTV por el otorgamiento de la concesión 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. Esta conclusión a la que llega el tribunal se afianza, además, en el acuerdo de voluntades, plasmado por la oferta del concesionario y en su aceptación por la CNTV al otorgarle la concesión.

Así las cosas, para el lapso de dos años (1999-2000), al que se contrae el desequilibrio económico del contrato,

según arriba se explica, es de \$ 6572.21 millones de pesos colombianos, que corresponde a la suma de \$ 3286.11 millones por año y así se reconocerá en este laudo.

Sobre la suma anterior, actualizada anualmente con las tasas de inflación anual publicadas por el DANE, se reconoce el interés del 6% anual, así:

Período	Inflación	Interés	Total
Sep. 1997 - Sep. 1998	17.8	1.07	18.87
Sep. 1998 - Sep. 1999	9.3287	0.56	9.89
Sep. 1999 - Sep. 2000	9.2	0.55	9.75
Sep. 2000 - Sep. 2001	7.9712	0.48	8.45
Sep. 2001 - Oct. 2001	0.18	0.01	0.19

Los valores de actualización e intereses resultantes, son:

Sept. 1997- Sept. 1998	\$ 1.240.19 millones
Sept. 1998 - Sept. 1999	650.00 millones
Sept. 1999 - Sept. 2000	640.80 millones
Sept. 2000 - Sept. 2001	55.36 millones
Sept. 2001 - Oct. 2001	12.49 millones
Total	\$ 3.105.34 millones

En resumen, la suma a reconocer, es de:

Capital	\$ 6.572.210.000
Intereses	3.105.340.000
Total	\$ 9.677.550.000

F. Pretensión cuarta

La formula la convocante en los siguientes términos:

“Condenar a la demandada al pago de las costas”.

A su turno, la convocada, sobre este tópico, manifiesta su radical oposición y, en cambio solicita que la condena en costas se aplique a la demandante.

Para la decisión, se toma en cuenta lo ordenado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, norma que textualmente dice: “... En todos los procesos con excepción de las acciones públicas, el juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, ... en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Teniendo en cuenta la precedente normación jurídica y el hecho de que las partes han ejercido respectivamente sus acciones, excepciones y/o oposiciones, dentro de la más rigurosa observancia de los principios de transparencia y de la lealtad procesal, y dentro del marco estricto de sus derechos, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 29 de la Código Penal no se accede, y así lo decidirá en la parte resolutive de este laudo, a las condenas en costas impetradas.

III. Parte resolutive

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad Caracol Televisión S.A. contra la Comisión Nacional de Televisión, C.N.T.V. con ocasión del contrato estatal de concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero

1. El tribunal se declara inhibido para conocer de la pretensión primera principal, en cuanto solicita se declare la nulidad absoluta de los apartes de la cláusula octava del contrato, transcritos arriba en el numeral 1º, antecedentes, literal a) de acuerdo a las consideraciones que sobre competencia aparecen en la parte motiva del presente laudo.
2. El tribunal se declara inhibido para conocer de la pretensión primera subsidiaria, en cuanto se solicita se declare la nulidad absoluta de un aparte de la cláusula octava del contrato de concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, transcrito en el numeral I, antecedentes, literal a) por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.
3. Niégase la pretensión primera principal, en cuanto solicita se declare la nulidad relativa de los apartes de la cláusula octava del contrato de concesión 136 de fecha 22 de diciembre de 1997, transcritos arriba en el numeral I, antecedentes, literal a) por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.
4. Niéganse la pretensión subsidiaria de la primera principal, en cuanto solicita la nulidad relativa de los apartes de la cláusula octava del contrato de concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, transcrita arriba, en el numeral I, antecedentes, literal a) por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

Segundo

Niéganse en su totalidad la segunda pretensión principal y su subsidiaria, transcrita arriba en el numeral I, antecedentes, literal a) por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tercero

Decláranse probadas las excepciones primera, segunda y tercera, propuestas por la parte convocada, a propósito de las pretensiones primera y segunda de la demanda junto con sus respectivas subsidiarias.

Cuarto

Tercera pretensión

Declárase que los hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles, descritos en la parte motiva del presente laudo, son causantes del desequilibrio económico y de la consiguiente ruptura de la ecuación financiera del contrato citado, los cuales deberán ser restablecidos a la convocante por la convocada.

Quinto

Condénase, como consecuencia de la declaración anterior, a la Comisión Nacional de Televisión (C.N.T.V.) a pagar a favor de la sociedad Caracol Televisión S.A., la suma de \$ 9.677.550.000 a título de restablecimiento del equilibrio del contrato, según se indica en la parte motiva del presente laudo, que deberá serle pagada dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria, y que corresponde a los siguientes conceptos:

1. La suma de \$ 6.572.210.0000 correspondiente al reconocimiento básico del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según lo previsto en la parte motiva de este laudo.
2. La suma de \$ 3.105.340.000 por concepto de actualización mediante IPC, certificado por el DANE, e intereses a la tasa de 6% anual.

3. Sobre las sumas de dinero anteriormente indicadas, se causarán, en caso de mora, los intereses dispuestos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto

Declárase no probada la excepción quinta propuesta por la convocada a propósito de la pretensión tercera principal de la demanda.

Séptimo

Recházanse expresamente todas las demás pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

Octavo

Sin costas para las partes.

Noveno

Expídanse a cada una de la partes, sendas copias autenticadas del presente laudo.

Décimo

En firme este laudo, protocolícese el expediente por el presidente del tribunal, en una notaría de esta ciudad capital, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados.

El secretario entregó a cada uno de los apoderados una copia auténtica del laudo.

En este estado de la diligencia el señor agente del Ministerio Público manifestó que ejercerá las facultades señaladas en reciente resolución expedida por la Procuraduría General de la Nación, a fin de intervenir en las etapas subsiguientes.

Sin más temas por tratar se terminó la sesión y se firmó el acta por los intervinientes.

SALVAMENTO DE VOTO

Tercera pretensión principal y subsidiaria

Con el debido respeto hacia los distinguidos colegas del tribunal de arbitramento, me veo precisado a salvar voto en cuanto a la decisión adoptada por la mayoría para resolver la tercera pretensión de la demanda.

Las razones fundamentales de mi discrepancia son las siguientes:

La segunda discrepancia corresponde a que, de aceptarse la conmutatividad de este contrato, no está demostrada la relación concreta de causalidad del hecho sobreviniente que se invoca (crisis económica) y el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, o dicho en otras palabras: la manera en que esa crisis hizo más gravosas ciertas prestaciones del contrato. Y por último, en lo que hace a la determinación del quantum de ese supuesto desequilibrio a restablecer.

A continuación me permito exponer las razones que me sirven de apoyo a mi disenso.

A. Naturaleza conmutativa o aleatoria del contrato

1. Contrato de concesión

La expresión “concesión” tiene una significación disímil en el campo de las relaciones de derecho privado y público. En el estatal, su origen se remonta a la concesión de servicios públicos y comprende estos servicios, las obras públicas y el uso de bienes demaniales o de dominio público, tendiente a la gestión, organización,

funcionamiento, prestación o explotación de un servicio, obra o bien y el conferimiento de un derecho temporal sometido a la ley y a los reglamentos⁽¹⁾.

Al decir de Enrique Sayagües⁽²⁾:

“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”.

En los términos del artículo 3º, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, la concesión es un contrato estatal, definido así:

“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”.

2. Naturaleza y características del contrato de concesión en el derecho público

La jurisprudencia ha señalado por nota relevante de este contrato, que de acuerdo a la noción anteriormente transcrita, presenta las siguientes características:

- a) Implica una convención entre un ente estatal —concedente— 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 la 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 serán 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 y de caducidad, y
- 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 (en el caso de autos por mandato legal no hay reversión, L. 182/95, art. 48, lit. h, se anota fuera de cita).

...

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 está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales”⁽³⁾.

Con relación a este concepto jurisprudencial vale la pena precisar que en cuanto a la vigilancia estatal relativa a la forma como se preste el servicio, es una facultad que se predica tanto de los que presten los particulares por el sistema de concesión (contratos de concesión), como de los que realicen a través del otorgamiento de licencias o autorizaciones. Igualmente conviene indicar que la autorización del Estado otorgada mediante concesión o licencia puede recaer sobre servicios públicos que le corresponda prestar como también sobre aquellos cuya gestión normalmente no realiza, o solo cubre parcialmente, (servicio público de transporte de carga, de pasajeros, servicio de crédito o de intermediación financiera).

Por último, debe señalarse que la prestación de los servicios públicos no está a cargo del Estado, pero se sirven bajo su inspección, vigilancia y reglamentación, como se desprende de las normas constitucionales que regulan la materia.

El contrato de concesión, según la definición contenida en el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, ostenta la siguiente ubicación dentro de los tipos contractuales:

- a) Es contrato estatal;
- b) Es contrato reglamentado;
- c) Es contrato bilateral, y
- d) Es contrato oneroso.

Por lo común, la concesión pública es onerosa, es decir, precisa un costo económico o patrimonial para ambas partes. Esta onerosidad no entraña necesariamente la conmutatividad, esto es la equivalencia real, legal o contractual de las contraprestaciones. En el contrato oneroso se dan prestaciones a cargo (o a favor) de ambas partes que pueden ser equivalentes o no serlo y, dependiendo de ello el contrato oneroso será conmutativo o aleatorio;

- e) Es contrato aleatorio o conmutativo, según el caso.

El contrato estatal de concesión podrá ser conmutativo o aleatorio, sin ser admisible una tesis general acerca de su conmutatividad como se sostiene en el laudo, concepto del que me aparto.

En efecto, el Estado y las entidades oficiales pueden con observancia de las disposiciones jurídicas celebrar contratos aleatorios o conmutativos, y el de concesión según su clase y la forma como se pacte la concesión no escapa a esta regla, sin que pueda sentarse el carácter conmutativo del contrato de manera absoluta por el solo hecho de ser estatal o de tratarse del otorgamiento de una concesión.

Se afirma en el laudo que todo contrato estatal es conmutativo y que el de concesión lo es por mandato legal, criterio que no comparto. Es innegable que la gran mayoría de los contratos que celebran la administración (contratos de suministro, de compraventa, de obra, de arrendamiento, etc.) como muchos de aquellos que regulan las relaciones entre particulares son por su esencia conmutativos, pero esta condición no se puede generalizar. La administración puede celebrar contratos onerosos que no sean conmutativos, y con relación a ellos no puede pretenderse el restablecimiento de un presunto equilibrio económico en las relaciones que de ellos surjan. La aleatoriedad o conmutatividad de un contrato se desprende de la equivalencia real de las contraprestaciones que le impone a las partes, de suerte tal que en los casos en que la ley hable del equilibrio contractual debe entenderse tal preceptiva referida únicamente a contratos administrativos de carácter conmutativo.

Por ejemplo: un contrato de seguro que por su naturaleza es “aleatorio” (como lo reconoce y lo afirma la ley que lo regula y conceptos de la Sala de consulta del Consejo de Estado) no puede convertirse en “conmutativo” por el

hecho que se celebre con un ente estatal. Lo propio acontece en la mayoría de los contratos relativos a un monopolio rentístico del Estado (p.e. explotación de juegos de suerte y azar, loterías, rifas, espectáculos, etc.).

La calificación de aleatorio o conmutativo respecto de un contrato estatal deberá realizarse según corresponda a los elementos de su esencia, de su naturaleza y dilo pactado expresamente, es decir, a sus cláusulas esenciales, naturales y accidentales (C.C. art. 1501).

Así, el artículo 1498 del Código Civil dispone que:

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

La distinción entre una y otra clase de contrato debe hacerse considerando su carácter singular, las disposiciones legales que lo regulan y lo acordado por quienes lo celebran. Para su calificación una primera concepción refiere al conocimiento o desconocimiento de las partes de la posibilidad de ganancia o de pérdida; otra, a la certeza sobre estos extremos y, la más reciente, la vincula a la reciprocidad o equilibrio económico de las obligaciones y derechos de los sujetos al momento de contratar, a tal punto, que unos y otros resultan iguales o equivalentes y ciertos (conmutatividad) o distintos o inciertos (aleatoriedad).

A este respecto Francisco Messineo⁽⁴⁾, afirma:

“Es contrato aleatorio (o de suerte) aquel en que la importancia del sacrificio, puesta en relación con la importancia de la ventaja (o sea con la importancia del riesgo) al que cada parte se expone al contratar, no es conocida ni valorable en el acto de perfeccionamiento del contrato; aquella importancia se aclarará más adelante, según el curso de los acontecimientos.

Por tanto, la causa del contrato aleatorio consiste en el hecho de que, para cada una de las partes, es incierto en el acto de la formación, si derivará una ventaja (o cuando menos) una ventaja que sea proporcionada al sacrificio a soportar.

Es conmutativo (o cierto) el contrato en el cual la valoración del respectivo sacrificio y de la respectiva ventaja pueda hacerse por cada una de las partes en el acto mismo en que el contrato se perfecciona; y por consiguiente, cada una sabe anticipadamente cuál será la importancia económica que el contrato asume para ella”.

Ambrosio Colin y H. Capitant⁽⁵⁾ precisan aún más este concepto al anotar:

“El contrato conmutativo, del que el artículo 1104 da una definición inexacta, pues puede convenir a cualquier contrato sinalagmático, es aquel en que las partes conocen desde el primer momento la extensión de las prestaciones debidas por ellas. El contrato aleatorio, según los términos del artículo 1964 (más exacta que la del art. 1.104, párr. 2) es aquel cuyos efectos, en cuanto a las ganancias y a las pérdidas, ya para todas las partes, ya para una sola de ellas, dependen de un acontecimiento incierto”.

En el mismo sentido se expresan Mazeaud⁽⁶⁾, Planiol y Ripert⁽⁷⁾ y la mayoría de los comentaristas como Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli, quienes según lo comenta el doctor Fernando Hinestrosa, participan de este criterio distintivo:

“En especial, se ha solido contraponer la categoría de los contratos aleatorios a la de los contratos conmutativos; como se advirtió en otro lugar, la diferencia estriba en el hecho de que los primeros se caracterizan desde su nacimiento, por una incertidumbre en cuanto al “sí” o al “cuánto” de los provechos o sacrificios recíprocos conectados con los efectos patrimoniales, incertidumbre a su vez dependiente de eventos cuya ocurrencia futura no es segura, o no está predeterminada temporalmente en el futuro. Por el contrario en los contratos conmutativos los efectos patrimoniales recíprocos no tienen un carácter aleatorio, ni de por sí ni en su cuantía”⁽⁸⁾.

Observemos los contratos de concesión minera, en los que los resultados de su explotación son inciertos y en los que la relación entre el pago de la concesión y los beneficios que el particular pueda lograr no guardan equilibrio;

en otros contratos que involucren el uso del espectro electromagnético en servicios de comunicaciones como el de radiodifusión o el de telefonía celular o televisión satelital o televisión comunitaria en los que igualmente en los ingresos percibidos por el concesionario para su explotación son inciertos y tampoco guardan equivalencia el valor que se paga por la concesión o por el del licenciamiento y la inversión y excedentes o pérdidas que pueda reportarle esa actividad.

Teniendo en cuenta los criterios doctrinales sobre las diferencias entre la aleatoriedad o conmutatividad de los contratos, es claro que la concesión de un canal de televisión privada de autos es un contrato aleatorio:

1. Por cuanto al momento de celebrar el contrato el concesionario no puede predeterminar la importancia del sacrificio en relación con la de la ventaja que de él pueda derivar. Esta se aclarará más adelante según las condiciones del mercado y su capacidad de penetrar en él entre la competencia (Messineo).
2. Porque las resultas de utilidad o pérdida de la explotación de la concesión para el concesionario dependen de unos acontecimientos inciertos como son las condiciones del mercado y su capacidad de competencia (Colin y H. Capitant).
3. Por cuanto al suscribir el contrato el contratista tiene incertidumbre en cuanto al “sí” o al “cuanto” de los provechos o de sacrificios a obtener o a realizar en desarrollo del contrato, pues la ocurrencia de estos no es segura (de acuerdo a la cita del doctor Fernando Hinestrosa).
4. Porque las prestaciones de las partes pactadas en el contrato (valor de la concesión, tarifa por uso de las frecuencias y cargos con destino al apoyo de la televisión pública que recibe la Comisión de Televisión) no guardan equivalencia natural con las cargas y beneficios, inciertos estos, que tiene que asumir o puede obtener el concesionario. Puede predicarse sí una equivalencia entre el valor de la concesión y el precio pagado por ella por cuanto este se encuentra dentro del rango del precio del mercado (se paga por un bien o por su uso en valor que señale el mercado), pero tal eventual equivalencia corresponde a una sola de las prestaciones recíprocas de las partes. Corresponde exclusivamente a la adquisición del derecho a acceder, por el período del contrato, a la franja electromagnética (bien público) y a las frecuencias requeridas para operar y explotar el canal. El uso mismo de las frecuencias se paga en forma independiente.

Conviene en este punto advertir que no comparto el criterio jurisprudencial que se acoge en el laudo en el sentido que en los contratos de concesión de servicios públicos la conmutatividad se deriva de una correlación supuesta entre el ánimo de lucro que mueve al particular a celebrarlo y la prestación de los servicios que desarrolla y que interesa a los fines del Estado, frente a los cuales el concesionario es un colaborador de la administración. Esta formulación de la conmutatividad deja de lado la equivalencia natural de las contraprestaciones, para considerar las finalidades de las partes. Es tanto como suponer que si un ente estatal arrienda un inmueble para darle albergue a los ancianos, la conmutatividad de ese contrato no está dada por el valor del goce del bien frente a la cuantía del arrendamiento sino por el ánimo utilitario (renta) del particular frente a la prestación de beneficencia que quiere servir el Estado. La equivalencia contractual debe desprenderse del valor real de las contraprestaciones, consistan estas en dar, hacer o abstenerse de hacer una cosa, y únicamente con relación a estas puede afirmarse o negarse la conmutatividad.

El contrato de concesión estatal, particularmente el relativo a la operación y explotación de un servicio público, se enmarca dentro de un “alea natural” y la asunción de contingencias por el concesionario, a tal punto que si bien puede producir beneficios para ambas partes, precisa la carga de costos y riesgos por el contratista en contrapartida a la posibilidad de obtener una utilidad, ganancia o provecho cuantiosos, pero sin estar exento de arrojar pérdidas, ya que en la concesión opera y se explota “por cuenta y riesgo del concesionario” (L. 80/93, art. 32).

Asunto de gran importancia que entraña no poca dificultad es el determinar cual es el “alea normal” de un contrato y cuáles pueden constituir “aleas extraordinarias”. La calificación que en cada caso se haga depende fundamentalmente del tipo de actividad a desarrollar, la capacidad que deban desplegar las partes y de la naturaleza particular del objeto contractual.

Para el contrato en litigio, el ingreso y, por tanto, los beneficios del concesionario son consecuencia de su

habilidad de gestión dentro del marco de la competencia por el mercado y de la dimensión de esta. Naturalmente las utilidades se podrán ver afectadas en virtud de las decisiones administrativas que adopte para hacerse al mercado, del manejo de sus costos de producción y emisión y de los esquemas que aplique para obtener los recursos de capital y crediticios necesarios para atender sus obligaciones.

A continuación solo se analizará lo atinente al mercado y a su penetración.

Los mercados son dinámicos por su naturaleza y están sometidos a variaciones de mayor o menor intensidad, fluctuaciones que son de su esencia. El empresario que pretenda vincularse a la producción o intermediación de bienes y servicios en un mercado determinado, sabe que cualquiera sean las potencialidades del mismo, su crecimiento o estabilidad, está sometido a variaciones más o menos sensibles y es un riesgo que asume al comprometerse en esa actividad.

En particular, tratándose de contratos de concesión de obras, servicios públicos y similares, la naturaleza del mercado revestirá características especiales que, tenidas en cuenta, darán lugar a distintas regulaciones contractuales. Si la concesión está referida a un servicio público esencial las fluctuaciones posibles del mercado serán por lo regular menos acentuadas que si desarrolla servicios no esenciales. Por ejemplo, si se trata de la concesión de la distribución de agua domiciliaria, las variaciones de la demanda de ese servicio tendrán un rango previsiblemente menor que si se trata de un servicio prescindible como el de telefonía celular. También se modifica el tipo de riesgo y la naturaleza de los mercados tratándose de servicios de características monopólicas con relación a aquellos donde compiten diferentes agentes prestadores del servicio, y las contingencias que aquellos deben asumir serán naturalmente inferiores a las que a estos corresponda.

El contrato de concesión para televisión privada se enmarca dentro de los servicios públicos no esenciales prestados en el mercado de competencia y los ingresos del contratista derivan fundamentalmente de la pauta publicitaria. Por su parte el mercado publicitario se caracteriza por tener “picos” más o menos pronunciados. No es un mercado del que pueda predicarse, en principio, un nivel de estabilidad o un estándar de crecimiento.

Como todo mercado, el de la pauta publicitaria en televisión se puede ver afectado por factores estacionales o de coyuntura y en este punto mucha significación tiene para el análisis del riesgo si el contrato es a corto, mediano o largo plazo. La amplitud del término tiende habitualmente a minimizar los efectos de los “picos” o a generar compensaciones en negocios dirigidos al mercado.

Será mayor el albur en contratos a cuatro años como los que se celebraban los concesionarios de espacios de televisión (canales públicos) antes de entrar en vigencia la nueva ley de televisión (4 y 6 años de contrato) y por la misma razón será mayor el riesgo de incidencia del mercado que deben soportar estos con relación al que asumen los canales privados en contratos a 10 años.

Por el contrario en contratos no destinados al público en general sino a satisfacer precisas necesidades del contratante, la amplitud del plazo agrava el riesgo pues los insumos requeridos para la producción del bien o del servicio o para su intermediación (cargos del contratista) pueden verse afectados por el mercado (contratos de suministro, de obra, etc.).

En síntesis, el mercado de los canales comerciales que se nutren de la inversión neta de publicidad en televisión es fluctuante y los ingresos de los participantes dependerán de su gestión empresarial y su capacidad efectiva de penetración. Frente al concesionario que ha planteado la litis se observa que, a pesar de que el mercado ha sido inferior a las expectativas que tenía al momento de licitar, su capacidad de penetración ha sido sensiblemente superior a la proyectada, lo que respecto a los ingresos generados da un saldo a su favor. La dimensión del mercado, si bien no tuvo el crecimiento esperado por la crisis económica del país, revela crecimientos moderados.

Según los datos que suministra el abogado del concesionario en los alegatos de conclusión (pág. 45), la inversión neta en publicidad de televisión arroja los siguientes resultados:

Año	INPT ⁽⁹⁾
-----	---------------------

1997	308.437.000.000
1998	332.051.000.000
1999	346.975.000.000
2000	399.131.000.000

Esta situación corresponde a un “alea normal”, pero además, como todo factor coyuntural tiende a mitigar su incidencia (en este caso adversa) en el mediano y largo plazo.

Con relación a las diferentes prestaciones que contenga y la distribución de cargas que pueden establecerse en los contratos de concesión, hay casos en que la asunción completa de los costos y gastos será del concesionario y, en otros, del Estado o de ambos según lo disponga el contrato. El Estado puede garantizar un mínimo del ingreso proyectado. Igualmente se dan concesiones en las que simplemente el Estado por un valor a pagar o por una participación en los ingresos o beneficios permite a un particular entrar a desarrollar un negocio relacionado con la prestación de un servicio público o con la explotación de un bien público.

En algunos contratos de concesión, v. gr. los de construcción y mantenimiento de vías, se acostumbra pactar ingresos mínimos garantizados. Estas garantías obedecen precisamente a que los contratos correspondientes son aleatorios, pues de lo contrario serían inocuas. En efecto, si frente a ese tipo de concesiones se pudiera predicar la conmutatividad, de no lograrse los recaudos estimados por situaciones imprevisibles, sería aplicable la institución del restablecimiento del equilibrio económico contractual para que el contratista fuese resarcido. Pero siendo un contrato aleatorio, no obstante que la administración, con fundamento en estudios y antecedentes de la ruta puede haber estimado un determinado recaudo por peajes y el contratista haya hecho lo propio, de no lograrse la proyección, el concesionario solo puede reclamar a su favor el faltante de ingreso que esa cláusula especial le garantiza.

Esta situación no puede confundirse con los “riesgos” por daños a terceros derivados de la operación y explotación, debiéndose admitir, en principio, la asunción de riesgos normales, ordinarios o usuales en la actividad constitutiva del objeto contractual, como ha dicho la doctrina con Jéze acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, al no ser posible en tomo a los riesgos por daños a terceros en cumplimiento del servicio:

“Que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato”⁽¹⁰⁾.

f) Es contrato solemne.

g) Es contrato de ejecución sucesiva o prolongada en el tiempo.

La concesión, por lo general, es contrato de duración prolongada y de ejecución sucesiva, sin que esto excluya la posibilidad de la coexistencia de obligaciones o prestaciones de ejecución instantánea, conectadas o no con los derechos del concesionario.

El otorgamiento de la concesión precisa a veces el pago por el concesionario de una prestación económica sin estar subordinada o sujeta al desarrollo del objeto contractual ni a las actividades de riesgo que le sean inherentes y sin que el Estado deba garantizar lucro, provecho o beneficio del concesionario, recuperación o amortización de inversiones o cualquier utilidad.

Para determinar las responsabilidades del Estado en desarrollo de la concesión es necesario distinguir en cada caso si el contrato se desarrolla para la prestación de servicios públicos esenciales o no, circunstancia que altera la naturaleza del mercado; si la concesión permite en el área geográfica correspondiente el ejercicio de un monopolio de hecho (legalmente está prohibido el monopolio en los servicios públicos domiciliarios y el usuario tiene teóricamente la facultad de contratar el servicio con empresa distinta a la de su zona, debiendo pagar esta peaje por el uso de la red de distribución) o, por el contrario, si el concesionario tiene que competir con diversos prestadores del servicio o de servicios equivalentes o alternativos, porque en cada caso el alcance del contrato y las

responsabilidades y asunciones de riesgo de las partes serán diferentes, circunstancias que los oferentes deben examinar para determinar su participación en el contrato o en la licitación.

En particular la concesión para la operación de canales privados de televisión es un servicio público no esencial y debe prestarse en el marco de competencia por el mercado (audiencia y publicidad). Del texto del contrato que origina la controversia se desprende con claridad que es de ejecución sucesiva pues tiene una duración de diez años prorrogables, la exclusión de la reversión, así como que se determinó un precio para obtener el derecho a operar y explotar el canal, valor que si bien se fijó considerando las inversiones a realizar, los costos y los eventuales ingresos, en ningún caso se sujetó a estos ni se subordinó a la obtención de determinadas utilidades. Estos resultados necesariamente dependerán de la capacidad de gestión de los concesionarios y de las condiciones del mercado, esencialmente cambiante y en ocasiones cíclico. La especificidad del contrato de concesión de canales de televisión privada se evidencia, entre otros aspectos, en no admitir la cláusula de reversión, típica de los contratos de concesión, lo que permite afirmar que la concesión de televisión es *sui generis*.

A pesar de que la ley determina los elementos que debía tener en consideración la comisión de televisión para fijar el precio que pagarían los contratistas por el acceso al espectro electromagnético y por el uso de las frecuencias para operar el canal, su alcance no era otro que el señalar un valor que se encontrara lo más próximo posible a los precios del mercado, para que de esta manera el Estado obtuviese el mayor ingreso rentístico posible por la concesión pero evitando que fuera de tal magnitud que desestimulara la participación de oferentes y se llegara a frustrar la convocatoria. Este criterio está ampliamente explicado en la declaración de la doctora María Edna González de Carrasco quien, a nombre de la firma Inversiones e Ingeniería Financiera, realizó los estudios para el Ministerio de Comunicaciones y para la Comisión Nacional de Televisión que sirvieron como un elemento de juicio para determinar el precio del contrato.

Sobre el tema en su declaración doña María Edna⁽¹¹⁾ manifestó:

“Nuestra firma fue invitada a presentar una propuesta para determinar lo que podría ser el rango de valor de la licencia de los canales privados de televisión; en ese momento la ley estaba recién aprobada y el ministerio consideraba que era importante proporcionarle a la Comisión Nacional de Televisión un instrumento de apoyo para que cuando la comisión tomara o iniciara sus funciones (que además era el ente al que le correspondía por ley proceder a acordar esas concesiones) tuvieran punto de referencia ...

Ahora ¿qué es lo importante en este sentido, qué era lo que enfrentaba la comisión en su momento? La comisión tenía la responsabilidad de otorgar la licencia o la concesión para la utilización de un bien público, entonces tenía que definir el precio más adecuado para sacar a licitación ese bien público.

...

La forma como comisión en su momento definió la manera de ofrecer ese bien público era brindándole total autonomía para la prestación del servicio a quien fuera finalmente el beneficiario de la concesión. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que el esquema era, que a cambio de un valor o de una cifra determinada se le entregaba al tercero la posibilidad de que explotara ese bien público bajo su total autonomía. Entonces la responsabilidad de la comisión era supremamente alta, ¿por qué? porque tenía que fijar un precio y ¿cuál era el precio adecuado para ese bien público? En términos pragmáticos, uno normalmente dice que esos precios adecuados son el máximo precio que se pueda obtener, es el precio máximo que el mercado está dispuesto a pagar por ese bien; así la comisión, el gobierno o quien fuera, considerara que el valor era muy grande, realmente el mercado a la larga es quien define el valor del bien. Los problemas en mi opinión se hubieran disminuido si la ley hubiera permitido una licitación abierta en términos económicos o sea si hubiera permitido que los proponentes no solo hicieran una propuesta técnica, sino también una propuesta económica, porque hubiera sido la mejor manera efectivamente de que el mercado entonces mostrara cuál era el máximo precio que estaría dispuesto a pagar por ese bien público, pero la ley no lo permitió, la ley decía ... haciendo la salvedad de que yo desconozco todos los términos jurídicos, pero tenía claro que la ley decía que se tenía que fijar un precio por el valor de la concesión. Eso ya ponía no solo un limitante sino aumentaba la responsabilidad de quien fuera a definir ese precio, ¿en qué sentido aumentaba la responsabilidad? ¿Al fijar un precio, la comisión qué enfrentaba? enfrentaba el hecho de que si fijaba un precio muy bajo iba a tener muy seguramente la posibilidad de que alguien lo demandara por estar feriendo un bien del

Estado. Si fijaba un precio muy alto enfrentaba la posibilidad de que la acusaran de que no solo se lo estaba entregando a los grupos económicos fuertes que serían aquellos grupos capaces de tener la capacidad financiera para poder comprar ese derecho, sino que también podía desestimularlos y que nadie le propusiera por la licitación”.

Competía a la comisión señalar el precio de la- concesión que debía corresponder en lo posible al precio del mercado o aproximarse a él. Por mandato legal, el contrato tiene una duración de diez (10) años prorrogables por otros diez (10) de acuerdo a la previsión del literal e) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 y de cumplirse las condiciones contenidas en la cláusula quinta del contrato celebrado con la convocante.

A pesar de ser de ejecución sucesiva, el contrato de concesión no excluye prestaciones de cumplimiento instantáneo, ni significa que el precio o valor para obtener el derecho a la explotación y operación estuviera sujeto a la generación de utilidades, amortización de costos y, menos, a la garantía o certidumbre de un mercado que por su naturaleza es cambiante y al que se entra en competencia con otros agentes, públicos o privados. En ninguna de las cláusulas del contrato así se acordó ni puede hacerse esta inferencia o deducción de su texto o de la ley.

Si bien es cierto que la ley señala los elementos de juicio que debe examinar la comisión de televisión para fijar el precio, entre otros las condiciones del mercado, la zona de influencia y su nivel o capacidad de consumo, inversiones a realizar y las eventuales utilidades que la explotación de la concesión pueden producir, no significa que el contrato quede vinculado a tales proyecciones. Y no es así por cuanto definido el precio por el ente estatal y hecha la convocatoria, son los particulares interesados en el negocio quienes, con fundamento en sus propias expectativas y en su conocimiento del mercado, determinan si el precio les sirve y si se presentan a la licitación.

Tampoco está condicionado el contrato en su ejecución y precio al acierto u error en que pudieron haber incurrido los oferentes en sus propias proyecciones. Los elementos de juicio aportados por IIF⁽¹²⁾ y los otros estudios que sirvieron de análisis a la comisión no tenían finalidad distinta de permitirle señalar un precio razonable que estuviera dentro del rango del mercado; estudios que no atan a las partes y ni siquiera a la comisión. Por su parte la información relativa de las proyecciones económicas y financieras suministradas por los oferentes, tienen como alcance permitir a la comisión confrontar y evaluar las propuestas (técnica y financiera) para seleccionar la mejor, sin que la adjudicación implique para el Estado que tenga que salir a responder por las estimaciones y expectativas de cada uno de los concesionarios (distintas entre sí), para realizar compensaciones o restablecer un supuesto equilibrio contractual. Los resultados del negocio por corresponder a un mercado de competencia, y por ser como mercado naturalmente fluctuante impiden, como se ha dicho, predicar la conmutatividad del contrato.

Pero, se insiste, los resultados, utilidades o pérdidas que se registren en virtud de la explotación del canal durante los diez años pactados depende no solo de las circunstancias del mercado sino además y de manera prevalente de la capacidad de gestión de cada agente para penetrarlo, como se evidencia en el nivel de *rating* y *share* registrado por los canales privados desde el inicio de sus operaciones.

3. Naturaleza del servicio de televisión y su control por el Estado

Las telecomunicaciones constituyen un servicio público y la televisión en particular, según lo dispuesto expresamente en la Ley 182 de 1995, “... es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado”. Con relación a su importancia, la Corte Constitucional ha anotado lo siguiente:

“... La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se conviene en canal propagandístico de la mayoría política, o más grave aún de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que

ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente”⁽¹³⁾.

Por esta razón y para garantizar el derecho a una información oportuna y veraz el servicio ha de ser prestado por una pluralidad de sujetos, públicos y privado o de origen comunitario, que para captar audiencia entran en sana y equilibrada competencia, condición propicia para obtener una buena calidad de programación.

El servicio público de televisión tiene unas características y finalidades especiales que lo distinguen de otros servicios públicos. Es claro que a partir de la Constitución de 1991 la televisión no es un servicio a cargo del Estado. Antes de la nueva Carta, más por su origen que por la modalidad de su prestación, la televisión en Colombia era pública, al menos en el sentido que la señal era de propiedad del Estado (Inravisión) no obstante ser producida por particulares mediante contratos de arrendamiento o concesión de espacios (Canal 1 y Canal A).

El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control oficiales y corresponde a la Comisión Nacional de Televisión garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los términos que fije la ley. Su intervención tiene como finalidad garantizar el pluralismo informativo y la competencia y evitar las prácticas monopólicas en el uso del espectro (C. N., art. 75).

Estos principios están claramente desarrollados en la Ley 182 de 1995 y en la 335 de 1996. En efecto, el servicio público de televisión está sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación realizan, mediante concesión o licencia, entidades públicas, los particulares y comunidades organizadas. Su finalidad es formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana; actividad que deberá propugnar por el respeto y las garantías, deberes y derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos y propiciar el fortalecimiento de la democracia y la paz y la difusión de valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local (L. 182/95, arts. 1º y 2º).

El artículo 29 del mismo estatuto garantiza, con las restricciones establecidas en la Constitución y la ley, la libre expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión y prohíbe la censura y el control previo, lo que no impide su clasificación y regulación en franjas para proteger la familia y los grupos vulnerables de la población y el fomento de la producción nacional mediante la exigencia de una determinada emisión de programas realizados en Colombia.

4. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Uno de los principios importantes de la moderna contratación administrativa es el referente al restablecimiento del equilibrio económico o equivalencia de las prestaciones.

Esta institución jurídica determina la necesidad de mantener la ecuación o equilibrio contractual y restablecerlo cuando se rompa por actos u omisiones de la administración o por causas ajenas a las partes: la ocurrencia de fuerza mayor, los “hechos del príncipe”, por sobrevenir situaciones imprevistas e imprevisibles que afecten el desarrollo del contrato. Con relación a estas últimas hay disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales.

En el campo de las relaciones contractuales de derecho privado, la jurisprudencia civil⁽¹⁴⁾, a falta de un texto expreso, empezó a aplicar la “teoría de la imprevisión”. Esta teoría en el derecho privado encuentra consagración legal en el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo y posteriormente en el artículo 686 del Código de Comercio.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 23 de mayo de 1938, después de explicar el fundamento de la imprevisión, sostuvo:

“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes ... Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias”⁽¹⁵⁾.

La aplicación de estos principios, ha sido reconocida igualmente por la Corte Constitucional, en Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001, ponente, Rodrigo Escobar Gil, al sostener:

“Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la administración pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos”.

Para el derecho administrativo el fundamento jurídico relativo a la imprevisión ha sido tratado desde distintos puntos de vista:

La cláusula *rebus sic stantibus*;

La teoría de la imprevisión;

La presuposición;

La frustración de la base del negocio jurídico;

El desequilibrio económico sobrevenido;

El enriquecimiento indebido o injusto;

La excesiva onerosidad de la prestación;

La imposibilidad sobrevenida;

Los riesgos imprevistos;

El abuso del derecho;

El principio de la buena fe;

Las “sujeciones imprevistas”;

Las “dificultades materiales”;

“El hecho del príncipe”⁽¹⁶⁾.

El surgimiento de la institución se encuentra en el legendario fallo del Consejo de Estado francés, del 21 marzo de 1910 que acogió la tesis de León Blum y de la decisión de la misma corporación, igualmente trascendente en el caso “Gaz de Bordeaux” del 30 de marzo de 1916, que sentaron la teoría de la imprevisión. Trayendo a colación la primera de estas sentencias, Braibant comenta:

“El contratista reclama la indemnización por la agravación de las cargas inicialmente previstas. El comisario de gobierno propone aplicar los mismos principios en los cuales el concesionario es víctima de una alza excepcional e imprevisible de los precios: pues se encuentra en presencia de cargas debidas a eventos que las partes contratantes no podían prever, y que son tales que, temporalmente, el contrato no puede ejecutarse en las condiciones inicialmente pactadas. El servicio público, así, no se encuentra asegurado y el interés general exige que el contrato debe subsistir. El poder público, debe soportar las cargas adicionales que requiere el funcionamiento del servicio, y que exceden el máximo de aquello que se podía prever razonablemente en una sana interpretación del contrato ...

No importa cuál sea la fecha de la demanda de indemnización, la jurisprudencia de la imprevisión se aplica cuando el contrato se encuentra en ejecución, cuyas reglas de juego se trastornan por un evento excepcional que no se deriva del hecho de las partes contratantes, y que no podía ser razonablemente previsto por ellas en el momento de la suscripción del negocio jurídico ... El evento debe ser extraño a las partes contratantes. Si la pérdida sufrida por el concesionario es debida por un hecho de la administración esta debe indemnizar, y si es debida a una falta cometida por el contratista no hay derecho a indemnización. Es necesario que el trastorno del equilibrio financiero del contrato presente un carácter temporal, pues si se trata de un desequilibrio definitivo, se está en presencia de una fuerza mayor que da lugar a otras consecuencias”⁽¹⁷⁾.

4.1. Marco jurisprudencial del equilibrio económico del contrato y su restablecimiento

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha explicado este principio en concepto que transcribimos con alguna extensión por referirse a la conmutatividad o aleatoriedad del contrato y porque cita criterios jurisprudenciales que permiten definir el alcance de la ecuación contractual.

“El estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, contempló como una de las grandes innovaciones en el régimen de los contratos estatales, el principio de la ecuación contractual, establecido en el artículo 27, el cual dispone:

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

...

En síntesis, la ecuación contractual inicial se debe mantener durante la vigencia del contrato y si sobrevienen hechos imprevistos, no imputables a ninguna de las partes, que la desequilibren de manera grave, la administración debe adoptar las medidas necesarias para restablecerla, tales como el reconocimiento de gastos adicionales o la revisión de precios.

Ahora bien, es evidente que el mantenimiento de la ecuación contractual en virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión, que consagra como una de las dos hipótesis el inciso segundo del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, se debe producir únicamente respecto de los contratos que por su naturaleza admitan la aplicación de dicha teoría.

En otras palabras, en aquellos contratos en que, por sus mismas características, no sea pertinente la teoría de la imprevisión, no es procedente entrar a aplicar el restablecimiento del equilibrio contractual, por falta de causa para tomar esta medida.

Esto sucede en los casos de los contratos de ejecución instantánea y los contratos aleatorios, en los cuales la misma ley excluye la aplicación de la teoría de la imprevisión, como en efecto lo dispone el último inciso del artículo 868 del Código de Comercio.

Sobre este tema, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de octubre de 1996, señaló:

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 rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias”. Si en el caso concreto de un contrato de seguro, es claro que al ser este un contrato aleatorio conforme a su naturaleza y además por expresa disposición legal, no le es aplicable la teoría de la imprevisión y consiguientemente, no hay lugar a la figura del restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual que se predica de los contratos conmutativos, en los cuales sí se presenta la equivalencia de las prestaciones de los contratantes.

El inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece la normatividad aplicable a los contratos estatales y señala claramente que estos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, con lo cual remite en materias de seguros, a los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio y en cuanto concierne a la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, al artículo 868 del mismo cuerpo legal, sin que pudiera entenderse que las normas de la Ley 80 de 1993 sobre la ecuación contractual y su restablecimiento hubieran exceptuado la última remisión anotada, puesto que la interpretación de tales normas debe hacerse en consonancia con las características esenciales de los contratos y no en contradicción con estas.

Es así como debe interpretarse que tales normas son aplicables en los contratos estatales en donde se dan sus supuestos, esto es, en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, no en los contratos de ejecución instantánea, y en los contratos conmutativos, no en los contratos aleatorios.

Pretender que las normas de la ecuación contractual constituyen una materia particularmente regulada por la Ley 80 de 1993 que no hace distinción acerca de los contratos y que por lo tanto, se aplica a la totalidad de estos sin tener en cuenta su naturaleza y sus características, sería contravenir la esencia de los contratos, cimentada por la tradición jurídica, y darle un alcance inusitado y abusivo a tales normas, pues se aplicarían aún en los contratos en los cuales no se dan sus supuestos de hecho, ya que es evidente que en los contratos de ejecución instantánea se cumplirían de manera inmediata las prestaciones sin que pudiera aducirse que un hecho imprevisto posterior las hubiera afectado y en los contratos aleatorios, la incertidumbre que recae sobre la prestación de una de las partes, le confiere de entrada un desequilibrio respecto de la prestación de la otra parte, de tal forma que no podría hablarse de que un hecho imprevisto, posterior alterara la equivalencia de las prestaciones, la cual, como se advierte, no existe desde el comienzo del contrato.

Precisamente el primer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, reafirma lo aquí expuesto, cuando dispone:

Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

En realidad, los contratos aleatorios, por la contingencia que comportan, no presentan equivalencia de las obligaciones, de manera que no se da en ellos la figura del equilibrio de la ecuación contractual, concebida por la Ley 80 de 1993 como “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, según el caso (art. 27). Por ende, no se da tampoco en ellos la medida de restablecimiento de dicho equilibrio por aplicación de la teoría de la imprevisión, máxime cuando esta se encuentra excluida por la ley mercantil respecto de este tipo de contratos.

El seguro, como contrato aleatorio que es, sigue necesariamente la normatividad de este”⁽¹⁸⁾.

Ya dijimos que el contrato de autos es un contrato aleatorio y vista esta jurisprudencia se puede afirmar que frente a él no cabe invocar el restablecimiento económico del contrato con fundamentos en el principio de la imprevisión.

4.2. Precedente en laudo reciente del tribunal de arbitramento

Definir el carácter conmutativo o aleatorio de un contrato tan complejo como el que desata esta controversia no es tarea fácil. No abunda jurisprudencia que haya resuelto demandas que involucren concesiones similares.

Precisamente por ello y en apoyo a los criterios expuestos, transcribo a continuación algunas consideraciones que sobre una concesión de telefonía celular hizo el correspondiente tribunal de arbitramento⁽¹⁹⁾:

“Se puede decir que, en términos generales, utilizando algunos elementos proporcionados por la jurisprudencia, se trata de un contrato estatal que se celebra previo proceso de selección mediante licitación pública, que tiene por objeto otorgar a una persona facultad suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que habiendo sido reservado por la le(sic) al Estado es responsabilidad de este y al mismo tiempo, habilitar el uso de un bien estatal —el espectro electromagnético— con el objeto de prestar al público usuario, dicho servicio.

...

El contrato, como el que es objeto de examen, es de carácter oneroso, por cuanto concedente y concesionario reciben una utilidad, gravándose cada uno en beneficio del otro (C.C., art. 1497). Planiol y Ripert enseñan que un contrato es interesado a título oneroso, cuando cada una de las partes ha recibido o recibe bajo la forma de una dación inmediatamente o de una promesa para lo porvenir, una ventaja que constituye la contrapartida de lo que ella promete a la otra.

En el caso objeto de examen, el concesionario tanto del servicio público como del bien que se asigna para su uso con el fin de prestar el correspondiente servicio, se obligó a pagar a favor del Estado concedente una prestación económica consistente en una suma determinada de dinero que, como atrás se indicó, constituye un ingreso corriente para la Nación —no tributario y de carácter contractual— y recibe a cambio la concesión misma por cuya explotación obtendrá una remuneración, precio, emolumento que él mismo fija y cobra al usuario por la prestación del servicio que le ha sido concesionado.

Sin embargo, el contrato no es conmutativo, por cuanto no obstante ser oneroso o útil para las partes, dicha utilidad no pudo ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del contrato y las prestaciones que resultan de la relación jurídica no pueden mirarse como equivalente entre sí, de tal manera que determinen un cierto equilibrio en la ecuación económica del contrato. En efecto, la obligación del concesionario consistente en pagar un precio —que corresponde a una suma fija y otra variable trimestralmente— a favor del concedente, no es equivalente a la prestación de este consistente en otorgar la concesión del servicio y garantizar el uso de un bien del Estado para su prestación con el objeto de que obtenga por su explotación un precio cuya tarifa debe fijar y cobrar directamente el concesionario al usuario beneficiario del servicio, de acuerdo con las condiciones del mercado”.

4.3. Marco legal del equilibrio contractual

En el actual estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, los artículos: 4º, numerales 3º, 8º y 9º ; 5º numeral 1º; 14; 25, numerales 13 y 14; 26 numeral 2º; 27; 28, y 50, se disciplina el principio del equilibrio o ecuación económica del contrato. Por cuanto en determinadas clases de contrato no es procedente debe examinarse en cada caso particular, según la naturaleza del contrato, su régimen jurídico y lo acordado expresamente por las partes, para determinar su aplicación.

Cuando el numeral 3º del artículo 4º señala la actualización o revisión de precios, debe entenderse referida a contratos conmutativos o a aquellos en que se haya pactado de manera expresa o se haya precisado la base para la actualización. El numeral 8º está igualmente referido a contratos de carácter conmutativo. El numeral 9º alude a las consecuencias de desajustes contractuales por hechos de la administración o del contratista que afecten el equilibrio contractual.

El artículo 5º numeral 1º prevé dos hipótesis distintas, que con frecuencia y en forma indebida se interpretan como fenómenos con similares consecuencias. Se regulan en él algunos de los derechos de los contratistas del Estado en especial el de recibir oportunamente la remuneración acordada y que el valor intrínseco no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. El segundo párrafo a su letra dice:

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

Es claro que los efectos previstos por esta norma por la ocurrencia de situaciones imprevistas (teoría de la imprevisión) otorgan al contratista el derecho a que se compense la pérdida; pero si el equilibrio se rompe por virtud de incumplimientos del contratante (administración), la compensación es plena incorporándose las utilidades a que tendría derecho el contratista.

Si se pudiera aplicar la teoría de la imprevisión al contrato de concesión de televisión privada solo sería viable resarcir el costo-daño que ha afectado al contratista, pero no restablecer el equilibrio pleno del contrato que incorpora las utilidades a percibir. Sin embargo, como ya se dijo, este contrato no es conmutativo, ni en él se pactaron o garantizaron ingresos (ingresos mínimos garantizados, pactados en algunos contratos de concesión

como el de construcción y mantenimiento de vías), ni se determinaron costos que debiera asumir la administración (reparto de cargas de la concesión entre las partes), ni se convino una utilidad razonada que debiera percibir el contratista en condiciones normales (la “U” del “AIU” típico de los contratos de obras públicas).

El artículo 14 regula las consecuencias del uso de las facultades extraordinarias de la administración, especialmente las de modificación o interpretación unilaterales, casos en los cuales está obligada a reparar plenamente la lesión ocasionada al particular incluidas las utilidades a que tiene derecho, institución que no aplica a esta controversia.

El artículo 25, numerales 13 y 14, dispone de las reservas presupuestales que en previsión de los eventuales ajustes contractuales deben hacer la administración. Este precepto es indiferente a esta controversia.

El artículo 26, numeral 2º, habla de la responsabilidad del funcionario, que por acción u omisión afecte en forma indebida el interés de los contratistas. No aplica a la litis.

El artículo 27 alude al equilibrio del contrato y a las consecuencias de su rompimiento, pero como ya se dijo no es procedente invocarlo respecto de contratos aleatorios.

El artículo 28 regula la interpretación de los contratos estatales referida, entre otros, al equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos. Por consiguiente, este elemento no es un mecanismo de interpretación para los contratos que no participan de esa naturaleza.

El artículo 50 precisa el principio constitucional previsto en el artículo 90 de la Carta relativo a la responsabilidad estatal por los daños que cause por su acción antijurídica. En tratándose de la presente litis de hechos sobrevinientes

ajenos a la voluntad de las partes, ninguna consecuencia puede derivarse de ese precepto constitucional y de la norma legal que lo desarrolla.

De las disposiciones comentadas se colige que algunas que aluden al equilibrio contractual junto con una variedad de hipótesis y en unión con otras instituciones distintas a la teoría de la imprevisión, en estos casos debe entenderse que la ecuación contractual a que se refieren solo procede tratándose de contratos de carácter conmutativo. Además es claro que en materia de interpretación de los contratos se tendrá en consideración “la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”, cuando de estos se trate.

Visto lo anterior se evidencia aún más que en virtud de la jurisprudencia y de la ley de contratación el equilibrio económico y su restablecimiento solo puede alegarse en contratos de carácter conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

Conclusión:

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, en mi opinión, no está llamada a prosperar la pretensión tercera de la demanda por lo que con todo respeto me aparto de la decisión a que llegan los distinguidos colegas que conmigo integran el tribunal.

B. Del restablecimiento económico contractual como consecuencia de la crisis económica sobreviniente

Aceptando, en gracia de discusión, que el contrato de autos es conmutativo y siendo como lo es de ejecución sucesiva, cabría solicitar el restablecimiento del equilibrio contractual con fundamento en la “teoría de la imprevisión”. Sin embargo igualmente me aparto de la decisión mayoritaria por las consideraciones que a continuación se consignan:

La teoría se define en los siguientes términos:

“... también llamada del “riesgo imprevisible”, o de “lesión sobreviniente”, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles —posteriores a la

celebración de un contrato administrativo— pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, este pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato.

Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante”⁽²⁰⁾.

Para que se dé aplicación a la institución es necesario que se den, entre otros, los siguientes presupuestos:

1. Que las situaciones imprevistas e imprevisibles que afecten la ejecución del contrato no correspondan a “alea normal” del negocio;
2. Que haya una nítida relación de causalidad entre los hechos invocados como sobrevinientes y la afectación del contrato en cuanto a su equilibrio financiero, y
3. Que quien invoque ese rompimiento pruebe la magnitud del desequilibrio.

1. “Alea extraordinaria”

Entiéndese por tal “el acontecimiento —excepcional— que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”⁽²¹⁾. La imprevisibilidad del fenómeno, su magnitud y la forma específica en que afecte una determinada relación contractual, la distinguen de las incidencias normales a que está normalmente sujeto, esto es a las alteraciones previsibles del comportamiento de su entorno económico y de los factores que determinan sus costos (aleas ordinarias), contingencias a cargo de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones.

1.1. Características del negocio de la concesión

El monto de las inversiones a realizar es especialmente significativo y buena parte de ellas tenían que realizarse dentro del período preoperativo, para que el día de inicio de la operación comercial la programación pudiera salir plenamente al aire. En efecto, el pago de la concesión (\$ 117.973.850.000) por ley y por disposición contractual se cubriría por instalamentos durante los dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato; la red de transmisión para la fecha de arranque debía llegar a un alto porcentaje de la cobertura y estar contratada o producida de la programación para el primer año. Por su parte, los ingresos generados inicialmente partían de niveles muy bajos mientras se daba una adecuada penetración del mercado.

Precisamente por la magnitud de estas inversiones iniciales frente a ingresos relativamente pequeños, los concesionarios tenían que estar en capacidad de obtener recursos líquidos especialmente los originados en sus propias aportaciones de capital.

Un alto nivel de endeudamiento podría producir desajustes iniciales en el contrato, difíciles de compensar hacia el futuro, si las tasas de interés y las amortizaciones de capital eran altas en el caso de recursos financieros internos, o en virtud de los riesgos cambiarios si optaban por créditos en moneda extranjera. De estas circunstancias dio clara explicación doña María Edna González de Carrasco⁽²²⁾ en el testimonio que rindió ante el tribunal, y en concreto dijo:

“... Esto no es un negocio para arrancarlo con niveles de endeudamiento alto? ¿Porqué no es un negocio para arrancarlo con niveles de endeudamiento alto? Porque es el riesgo que se está corriendo en este tiempo, en el que no se ha logrado tener ingresos y todo el costo está enmarcado que es muy alto, entonces eso no se puede hacer sino con una estructura financiera de y tiene que tener un aporte en capital en recursos frescos, supremamente importante. Si esa estructura financiera no es así, va a generar unos efectos en el negocio que después va a ser muy difícil de identificar si fueron por esto o por aquello”.

1.2. La gestión empresarial, factor determinante del negocio

Todo negocio tiene un alea normal y esta será mayor o menor según la naturaleza del mismo. En los contratos de obra pública el rango de variaciones de costos para su ejecución es bastante limitado, pues las diferencias de

valores de los suministros en el mercado es reducida y el peso de la carga administrativa por lo regular no representa una porción sensible de aquellos.

En el negocio de la televisión el costo de la programación, según sea la estrategia empresarial, puede tener variaciones importantes. Esta programación representa un porcentaje significativo del costo operacional. Desde el punto de vista de los ingresos los resultados son variables; dependen de la competencia y la capacidad de penetración (captación de sintonía) del respectivo canal, lo que se refleja en su facturación. El negocio está estructurado de manera prevalente sobre las decisiones de carácter empresarial de cada empresa. Ello no significa que el entorno del mercado no juegue importante papel en los resultados de la gestión. Uno y otro factor están perfectamente relacionados porque esas estrategias empresariales se desarrollan dentro del mercado y para lograr una alta participación en el mismo.

Los resultados de la gestión están condicionados igualmente por la política financiera de la compañía. Distinguir la incidencia de esas decisiones y estrategias empresariales de otros factores como el entorno macroeconómico y el específico del mercado, es indispensable para determinar el efecto concreto de situaciones sobrevinientes e imprevistas o que tengan lugar durante el desarrollo del contrato. Definir el quantum de la incidencia del “alea extraordinaria” invocada supone precisar de manera inequívoca la relación de causalidad entre ese factor y el desequilibrio económico cuyo restablecimiento se solicita.

Determinar el equilibrio contractual presupone definir:

1. Como está estructurada en concreto la ecuación económica.
2. Como el hecho sobreviniente afectó en concreto esa ecuación (ingresos, costos de programación, administrativos o financieros).
3. En cada uno de estos casos, cómo se distingue en el resultado el hecho sobreviniente (extraño a las partes) y las decisiones empresariales, atribuibles exclusivamente a la empresa.

Para hacer el análisis que permita definir los elementos que enmarcan la ecuación económica de este contrato, determinar la incidencia del alea extraordinaria en su ecuación financiera y establecer el tipo y cuantía de las compensaciones, si es que hay lugar a ellas, parto del siguientes criterio⁽²³⁾:

“El contrato, celebrado con el compromiso recíproco de ambas partes, le asegura al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, ese es el motivo que determinó al cocontratante a contratar. Cuando ese “beneficio”, sea por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a esta, sobrevinientes e imprevisibles en el momento de contratar —y que reúnan determinadas características—, sufra menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido o a que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Esto es lo que se llama “derecho al mantenimiento de equilibrio económico financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera”. Así, pues, el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de “ecuación” (equivalencia-igualdad); esta última no puede ser alterada”.

Respecto a esta noción que vincula al equilibrio contractual a las obligaciones del contratante y al conjunto de derechos del mismo (incorporan sus utilidades), debo precisar que el análisis referente a la conmutatividad o aleatoriedad que figura en el capítulo precedente, cabe con similares alcances frente a esta noción de la ecuación contractual. El contrato será aleatorio si al momento de contratar los beneficios, con relación a las largas, son inciertos o dependen de un hecho incierto, o dicho de otro modo si existe incertidumbre en cuanto al “sí” o al “cuánto” de los provechos que puedan derivarse del contrato; será conmutativo en caso contrario.

Destaco igualmente que esta equivalencia o igualdad entre las cargas y beneficios para el contratista o bien debe estar determinada de manera expresa por las partes contratantes al momento de celebrar el contrato, o debe inferirse clara e inequívocamente del contrato mismo. Criterio determinante lo constituye el que el contrato deba desarrollarse o no en un mercado de competencia, pues esta misma crea incertidumbre intrínseca sobre las posibilidades de ganancia o pérdida en su ejecución.

Partiendo de la conmutatividad del contrato y dentro del marco de la noción transcrita, paso a examinar el hecho sobreviniente como causa eficiente del rompimiento del equilibrio contractual y los efectos que haya podido tener, de acuerdo con las pruebas aportadas.

2. Crisis económica y el contrato

Es necesario precisar, para el contrato de marras, si el hecho invocado: (crisis económica general) es causa eficiente para concluir que su incidencia rompió la ecuación financiera de la concesión.

Constituye hecho evidente que el país enfrenta una crisis económica cuyos efectos más dramáticos se evidenciaron en 1998 y 1999 y que actualmente persiste la situación de depresión. Sin embargo, los datos e índices a que se hace alusión en la demanda y en los alegatos, así como los que acoge el fallo de este tribunal, adoptado por mayoría, bajo el título “la crisis económica”, dan cuenta del aspecto general de ella; pero su existencia, en mi criterio, no basta para determinar las consecuencias específicas que ha producido en la economía del contrato.

En efecto, estos datos evidencian la declinación de la riqueza nacional mas no acreditan su efecto en el mercado particular en que se desenvuelve este contrato. Los índices económicos constituyen una estadística, que como tal admite valores arriba y abajo de su escala. Lo que importa entonces es determinar cuál es la incidencia de la crisis en el negocio que origina la controversia. En otras palabras, el análisis debe estar referido a lo que haya acontecido en la inversión neta en publicidad en televisión que es el mercado específico de los canales comerciales de televisión, públicos y privados.

Este mercado durante el período de 1997 al 2000, registra un crecimiento constante, aunque moderado, que no guarda relación o proporcionalidad con la caída del PIB⁽²⁴⁾ en los mismos años. Esto significa que la depresión económica general no se reflejó con igual intensidad en el comportamiento de la INPT.

Por otra parte, en los experticios con fundamento en las proyecciones económicas del concesionario sobre el INPT se realizan similares comparaciones.

En referencia a las proyecciones del concesionario contenidas en su propuesta cabe decir que no tenían alcance distinto de permitir a la Comisión Nacional de Televisión determinar la capacidad financiera del oferente para la adjudicación del canal, pero ya se dijo, la base de las estimaciones consignadas en los pliegos no la comprometen contractualmente.

Al plantear los argumentos relativos a la forma de determinar el valor de la licencia (segunda pretensión principal), el apoderado de la convocante⁽²⁵⁾, cuestiona los supuestos del estudio de IIF para realizar sus proyecciones en los siguientes términos:

“Estos supuestos de crecimiento del PIB condujeron a unas proyecciones demasiado optimistas de la INPT para cada uno de los 10 años y estas, a su vez se traducen en unas proyecciones de ventas para los canales igualmente sobredimensionadas. Todo lo cual conlleva a una sobreestimación del valor de la licencia.

...

Es de anotar que Caracol y RCN también se equivocaron, cuando hicieron sus estimativos de prefactibilidad”.

Siendo así, el análisis de la incidencia de la crisis económica y en particular de la correspondiente al mercado de publicidad para televisión no puede hacerse con fundamento ni en las proyecciones de IIF ni en las de cada uno de los convocantes para determinar la cuantía del desequilibrio económico del contrato a restablecer.

Adicionalmente, si esta comparación fuera pertinente habría que ajustarla (no lo hace el experticio) para determinar los valores constantes de la proyección y de los resultados reales, pues unos y otros están afectados por la inflación (proyectada y causada, según el caso).

Problema adicional se plantea para la decisión en cuanto a la definición del daño causado por la crisis económica en el desarrollo del contrato teniendo en cuenta la diversidad de las proyecciones y resultados económicos de cada concesionario (RCN y Caracol), cuando se trata de concesiones idénticas en su valor, adjudicación, cronograma y

plazos, objeto y obligaciones y frente a las cuales el hecho sobreviniente ha debido causar similares desequilibrios.

2.1. La crisis y los ingresos obtenidos por el concesionario

La perspectiva de ingresos del concesionario estaba dada no solo por la magnitud del mercado al momento de contratar (y si se quiere de sus estimaciones de crecimiento) sino además, de su capacidad de penetración del mercado, que le permitiría una mayor facturación en pauta publicitaria.

Analizada la confluencia de estos dos elementos, el resultado que obtiene el concesionario en el curso de los dos primeros años de operación es mayor a las estimaciones que presentó en la licitación.

Debo señalar que las comparaciones que en materia de ingresos, costos operativos, administrativos y financieros que hicieron los peritos contienen dos desviaciones: La primera por cuanto excluyen los ingresos por ventas internacionales, que en mi opinión son anejas a la concesión y, la segunda, porque relacionan las proyecciones del año 1999 y 2000 con los balances reales de iguales años calendarios, cuando lo conducente habría sido confrontar el primero y segundo año de las proyecciones con el mismo período de ejecución del contrato. El desfase de la comparación pericial es sensible teniendo en cuenta que el contrato arranca de un nivel muy bajo de facturación hasta lograr el punto de equilibrio; lapso en el cual los ingresos crecen en progresión geométrica, mientras la incidencia de los costos operativos y administrativos no tiene igual comportamiento.

Siendo así, no se puede invocar la “teoría de la imprevisión” ni como consecuencia de la crisis económica general, que no ha tenido tan señaladas repercusiones en el mercado particular de la pauta publicitaria en televisión, ni por el desarrollo del contrato que le ha permitido al concesionario obtener superiores ingresos que a los proyectados.

La crisis de este mercado no constituye “factor sobreviniente, imprevisto e imprevisible” o por lo menos resulta evidente que por ese suceso no se ha presentado el rompimiento de la ecuación financiera del contrato. En aplicación de los principios de la imprevisión no basta con la ocurrencia del hecho imprevisible; es necesario además, que haya producido un desequilibrio financiero en el contrato.

2.2. La crisis y los costos operacionales

Para determinar el rompimiento del equilibrio contractual debe examinarse si la situación sobreviniente que se invoca ha generado incrementos sensibles en los costos de producción (programación) de la concesión.

En realidad, los hechos y las pruebas que obran al expediente referidas a la crisis no guardan relación directa con los costos de producción de los canales, que representan un porcentaje muy alto (entre el 65 y 75%) de los costos totales de la programación.

Comparando las estimaciones contenidas en las respectivas ofertas (RCN y Caracol) con los costos de programación y operativos ejecutados por cada uno de los concesionarios, se observa que mientras RCN los redujo durante los dos años de inicio del contrato, Caracol los incrementó. Resulta claro que esas diferencias obedecen a estrategias empresariales divergentes sin vinculación directa con la crisis económica del país ni con la del mercado de publicidad en televisión, o al menos no permitan deducir el rompimiento del equilibrio contractual.

2.3. La crisis y los costos administrativos

Como en el punto anterior no existe ni hecho ni prueba del que pueda inferirse que en este aspecto el concesionario haya tenido que soportar fenómenos imprevisibles que alteraron este costo (costos laborales, fiscales, mantenimiento de activos fijos o equipos, etc.) y, por ende, la ecuación financiera del contrato.

2.4. La crisis y los costos financieros

Este aspecto amerita un análisis más detenido. Sea lo primero decir que en los hechos de la demanda, ni en las pruebas aportadas, ni en las alegaciones aparece claramente planteado un sobreviniente y específico costo financiero como causante del desequilibrio. Sin embargo, el desequilibrio financiero de un contrato puede tener origen en alteraciones sorpresivas de las tasas de cambio o de las tasas de interés (internas o externas), en cuyo caso cabe invocar la imprevisión como causa del desequilibrio contractual y solicitar su restablecimiento. Es

posible que la repercusión de la crisis económica general del país (que hizo más oneroso el contrato para el concesionario), se refleje de manera significativa en los aspectos que tienen que ver con las obligaciones crediticias que asumió el concesionario para dar cumplimiento al contrato.

Por la descripción que de la crisis económica se hace en el laudo, no parece que las condiciones deplorables de la economía colombiana en la actualidad hayan tenido como causa una crisis cambiaria. La crisis como tal obedece, según se comenta, entre otros factores a la situación fiscal originada en el crecimiento del gasto público; la caída de los ingresos del Estado, y la reducción inevitable de la inversión pública, con la consecuente reducción del empleo y el descenso correlativo del consumo.

El análisis que se hace en el laudo da cuenta de algunos cambios en el frente externo y menciona las devaluaciones del peso ocurridas entre junio de 1998 y septiembre de 1999, puntualizando que: “la banda cambiaria se modificó entre febrero y junio de 1999 y finalmente se abandonó en septiembre”. Es innegable que la tasa de cambio antes de 1998 relacionada con la de inflación interna producía como balance una política revaluacionista, mientras que a partir de mediados de 1998 la tendencia ha sido la contraria, pero, se insiste, que el tema cambiario no ha sido determinante de la pérdida de dinamismo (o si se quiere del empobrecimiento) de la economía colombiana. Por el contrario, en términos generales ha permitido un incremento sensible de las exportaciones y una disminución de las importaciones, que redujeron el déficit de la cuenta corriente de la balanza de pagos: “del 6% del PIB en 1997 a cerca del 2% en 1999”.

Por su parte, las tasas de interés en moneda local, como lo comenta el laudo, han tendido una sensible baja especialmente de 1999 a la fecha: “la DTF cayó de niveles cercanos 36% efectivo anual en 1998 a menos del 17% efectivo anual en diciembre de 1999, tendencia que se mantuvo en el 2000”.

Los cambios en la cotización del dólar y en las tasas de interés alguna incidencia han podido tener en la economía del contrato de concesión, pues su puesta en operación implicaba créditos en moneda extranjera y nacional e inversiones cuantiosas de capital. Es necesario determinar si estas incidencias son constitutivas de contingencias extraordinarias y graves en el desarrollo del contrato y si llegan a afectar su equilibrio.

En esta materia se hace imprescindible determinar las repercusiones (favorables o adversas) que las modificaciones de la tasa de devaluación y los tipos de intereses hayan producido en la economía del contrato, pero distinguiendo claramente las que obedezcan a una estrategia empresarial (decisiones administrativas, cuyas contingencias son a cargo del concesionario) de aquellas que por su naturaleza ajenos al contratista afecten el equilibrio (factores externos que pueden enmarcarse en la teoría de la imprevisión).

La conducta financiera de una compañía, cuando se trata de adquirir bienes de capital en el extranjero o de financiar importaciones de insumos, si para ello precisa de recursos de crédito, obliga en alguna medida que los obtenga en moneda dura, para evitar desajustes en su capacidad de pago por alteraciones cambiarias. Por el contrario si se trata de financiar compras en moneda nacional o atender obligaciones de este origen, lo habitual es acudir a fuentes internas, precisamente para evitar que el repago de la deuda se vea afectado por posibles variaciones de la tasa de cambio.

En concreto, lo que se puede observar en la política financiera del concesionario es que asumió créditos en el exterior no solo para la importación de equipos que requería la cobertura del canal, sino así mismo para financiar parcialmente el pago del valor de la concesión (obligación en moneda nacional). Estaba en su derecho. Muchas razones pudieron inducirlo a adoptar ese esquema (v. gr. que para entonces podría salir menos gravoso el crédito en dólares que en pesos, por las altas tasas de interés internas frente a una devaluación moderada del dólar), pero las consecuencias adversas o negativas de esa estrategia no guardan relación directa y objetiva con el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, que obligue a su cocontratante a compensar.

Hechas estas precisiones y mirados los balances del concesionario (1999 y 2000) que analiza la pericia, se observa que parte de los ajustes que sobre ellos hacen los peritos corresponde a la incidencia de las modificaciones de las tasas de cambio que incrementan sensiblemente el valor de pasivos en el balance, y repercute en la pérdida ajustada. La pericia no distingue la incidencia de la devaluación en el crédito aplicado a la licencia y el que se contrajo para financiar la importación de equipos para la cobertura de la señal.

En síntesis, no es la crisis cambiaria a la que se le atribuye en la demanda y en los alegatos el factor constitutivo del hecho sobreviniente imprevisto, sino a la crisis general de la economía en el que el tipo de cambio está inmerso, sin que se pueda apreciar ni como su causa ni como elemento protuberante del estado de depresión económica que vive Colombia. De otro lado no están diferenciadas de la devaluación por razones de la naturaleza de las prestaciones que contiene el contrato de aquellas que obedecen a decisiones administrativas del concesionario (contingencia a su cargo), razón por la cual de este factor no se puede deducir el rompimiento del desequilibrio contractual y la cuantía a restablecer.

Gilberto Alzate Ronga, árbitro.
