**CONTRATO DE CONCESIÓN – Espacios de televisión - Régimen especial**

El contrato de concesión de espacios de televisión, previsto en la Ley 182 de 1995, se rigió de manera especial por esa ley, y en lo no previsto, por la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de carácter reglamentario que podía expedir la CNTV, con arreglo a la ley de televisión.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Contrato de concesión de espacios de televisión - Ley de televisión**

El artículo 33 de la Ley 80 de 1993 invocó la vigencia y aplicación de las normas especiales sobre televisión (…) En la Ley 182 de 1995 no se incluyó una regulación sobre el equilibrio económico del contrato, aunque, por supuesto, este es una condición ínsita entre el Estado y sus concesionarios, si se mira de cara a las disposiciones sobre el cumplimiento de los fines del servicio de televisión, a la garantía de igualdad de acceso y a la libre competencia del mercado.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Marco legal - Contrato conmutativo - Imprevisión**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 invocó la observancia del derecho privado, como norma básica de las obligaciones en la contratación estatal, puede indicarse que la figura del equilibrio económico comparte fundamentos con las siguientes instituciones propias del derecho civil y comercial: **i)** la conmutatividad del contrato oneroso y el reconocimiento de que frente a la prestación que se torna irrisoria ocurre la ruptura de la conmutatividad y **ii)** el derecho a la revisión por circunstancias imprevistas cuando las mismas ocasionan una excesiva la carga contractual, frente a la cual “el juez puede ordenar los reajustes que la equidad le indique” siguiendo las voces del artículo 868 del C.Co. Sin embargo, la figura del desequilibrio económico del contrato en el régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007 puede tener otras causas distintas de las que considera el derecho privado y, dentro del contexto de los fines de la contratación estatal, se advierte como un deber de restaurar el equilibrio económico en orden al cumplimiento de los fines públicos, el cual no se restringe a la categoría del contrato conmutativo. Por ello, el equilibrio de la ecuación contractual en la contratación estatal constituye un instrumento dinámico que no solo expresa la restauración de las prestaciones interpartes, dado que puede y debe analizarse teniendo en cuenta que la parte a quien corresponde está obligada a allegar los recursos y adelantar las actividades que se requieran para que se logre oportunamente el cometido estatal de la respectiva contratación.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Ruptura - Causas - Requisitos**

El Consejo de Estado ha identificado las causas y los requisitos que al amparo de la legislación pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal. Dentro de esas causas, se han indicado las siguientes: **i)** el denominado hecho del príncipe (acto o hecho del Estado), **ii)** el ius variandi (modificación unilateral de las condiciones contractuales), **iii)** la teoría de la imprevisión (ocurrencia de circunstancias imprevisibles) y **iv)** más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha estudiado el defecto en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante (afectación del valor intrínseco de la remuneración).

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ecuación económica**

Es importante observar que el desequilibrio económico debe juzgarse partiendo de la identificación de la ecuación económica que gobernó el respectivo contrato. También, dentro del estudio de la ecuación económica del contrato, en cada caso concreto debe tenerse presente que el Estado está obligado a restablecer el equilibrio en el marco de la distribución de riesgos y cargas del respectivo contrato.

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Prueba**

Para acceder a la condena, es preciso probar el impacto nocivo en la afectación de la ecuación económica del contrato, dado que no siempre que se presenta una de las causas referidas por la jurisprudencia, se configura el desequilibrio real y materialmente, lo cual impone el necesario análisis de la ejecución del contrato.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Restablecimiento - Facultad del Estado**

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha desarrollado en el sentido de que el deber de restablecer el equilibrio solo puede ser impuesto al Estado contratante cuando obedezca a circunstancias no atribuibles a las partes o que no están obligadas a soportar y a su vez, al amparo de la jurisprudencia, se exige que el desbalance de las cargas contractuales tenga impacto suficiente para provocar la ruptura del equilibrio definido para el contrato. Aunque, en algunas oportunidades, los demandantes se concentran solo en los hechos que identifican como causas de la ruptura del equilibrio económico, la jurisprudencia de esta Subsección ha reparado en el análisis de la ecuación económica, puesto que no se puede juzgar el desequilibrio económico del contrato sin esclarecer el parámetro o la regla del equilibrio en el mismo.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Aspectos del contrato - Ruptura – Balance financiero**

El orden de razonamiento en materia del desequilibrio económico del contrato se debe desplegar en los siguientes aspectos: i) identificación de la ecuación económica del contrato y su funcionamiento; ii) análisis de las causas de desequilibrio invocadas y iii) análisis de la ejecución financiera del contrato. (…) No todo sobrecosto ni toda pérdida implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende de la ecuación contractual y en esta suele incorporarse un alea o riesgo propio de la ejecución del contrato.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)**

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00877-01(37567)**

**Actor: DIEGO FERNANDO LONDOÑO**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

**Temas:** DESEQUILIBRIO ECONÓMICO- CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN – Debe estudiarse partiendo de la identificación de la ecuación económica que gobernó el contrato de concesión y de la distribución de cargas y riesgos / RIESGO COMERCIAL - Los efectos adversos por el incremento de la competencia no eran imprevisibles y tampoco inherentes a la gestión a cargo de la CNTV – no se probó que la causa del desequilibrio fuera la supuesta falencia de los estudios para la reducción de tarifas / CADUCIDAD DEL CONTRATO – potestades especiales de la CNTV en desarrollo de la Ley 182 de 1995 / LIQUIDACIÓN UNILATERAL – como consecuencia de la caducidad

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

El 26 de abril de 2005, el señor Diego Fernando Londoño (de ahora en adelante DFL), por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, dirigida en contra de la Comisión Nacional de Televisión (de ahora en adelante CNTV).

En el escrito de la demanda se plantearon las siguientes pretensiones (se transcribe tal cual se halla en el expediente, incluso con errores)[[1]](#footnote-1):

*“****PRETENSIONES RELATIVAS AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO***

*“****PRIMERA.-*** *Que se declare que se rompió el equilibrio financiero del contrato 102 de 1997, celebrado entre la COMISION NACIONAL DE TELEVISION y DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES.*

*“****SEGUNDA.-*** *Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION restablecer el equilibrio económico del contrato 102 de 1997, celebrado con DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES.*

*“****PRETENSIONES RELATIVAS A LA CADUCIDAD DEL CONTRATO***

*“****TERCERA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución 1076 del 15 de Noviembre de 2002 por medio de la cual se resuelve un recurso[[2]](#footnote-2), expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****CUARTA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución 265 del 7 de abril de 2003 por medio de la cual se resuelve un recurso, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****QUINTA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución 266 del 7 de Abril de 2003 por medio de la cual se resuelve un recurso, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****SEXTA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución144 del 10 de marzo de 2004 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 102 de 1997, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****SEPTIMA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución 000378 de 22 de junio de 2004 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****OCTAVA.-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución 671 del 29 de Agosto de 2003 por medio de la cual se ordena una compensación, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****DÉCIMA[[3]](#footnote-3).-*** *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 905 del 10 de Diciembre de 2003 por medio de la cual se ordena una compensación, expedida por la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*“****DÉCIMO PRIMERA.-*** *Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad anteriormente solicitadas, se ordene a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION* *indemnizar los perjuicios sufridos por DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, por la pérdida de oportunidad, al haber quedado inhabilitado cinco (5) años para contratar con el Estado.*

*“****DÉCIMO SEGUNDA.-*** *Que en el evento de haberse procedido al pago de cláusula penal pecuniaria a favor de la COMISION NACIONAL DE TELEVISION, se ordene la devolución de la suma pagada, debidamente actualizada al momento de la devolución, adicionándole los rendimientos, con base en los intereses comerciales corrientes.*

*“****DÉCIMO TERCERA.-*** *Que se liquide el contrato 102 de 1997, conforme a las declaraciones y condenas efectuadas en este proceso.*

*“****DÉCIMO CUARTA.-*** *Que se condene al pago de costas y agencias en derecho a la entidad demandada”.*

**2. Hechos.**

En su escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Que la CNTV abrió la Licitación Pública 001 de 1997, para el otorgamiento de las concesiones de unos espacios de televisión en el canal nacional de operación pública – Canal A.

**2.2.** Que mediante Resolución 519 de 27 de octubre de 1997, modificada por la Resolución 523 del 31 del mismo mes y año, la Junta Directiva de la CNTV adjudicó los espacios del referido canal A, a DFL y a otros proponentes. Como consecuencia de la adjudicación, DFL suscribió el contrato 102 del 13 de noviembre de 1997.

**2.3.** Que el objeto del contrato consistía en la entrega de 9.5 horas de espacios, en televisión, distribuidos en diferentes horarios, en el canal A, para la utilización y explotación, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario, y cuyo término era de seis años improrrogables, comprendidos ente el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2003, contrato en el que las partes fijaron su valor en $21.119´323.210.

**2.4.** Que la CNTV fijó la tarifa que podía cobrar a los concesionarios de acuerdo con los espacios adjudicados, con fundamento en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, normativa que estableció los parámetros que debió seguir esa entidad; no obstante lo cual, la CNTV señaló las tarifas sin realizar ningún tipo de estudio, por lo que, según la parte demandante, dichas tarifas no se correspondieron con la retribución del servicio que se le autorizó a prestar.

**2.5.** Que a partir de 1998 hubo un incremento en la competencia del medio televisivo, porque iniciaron operaciones 15 nuevos canales, distribuidos en dos cadenas de operación privada de cubrimiento nacional, 9 canales regionales y dos operadores satelitales. Agregó que, adicionalmente, llegaron a operar tres canales nacionales públicos y todos los canales parabólicos. El demandante consideró que otra situación que afectó el contrato fue la recesión económica que afrontó el país desde 1998, así como la caída del ingreso promedio de la población.

**2.6.** Que la CNTV no redujo las tarifas que se fijaron para los espacios de televisión, teniendo en cuenta las condiciones imprevistas que se refirieron en el punto anterior, lo que, según la demanda, configuró el desequilibrio económico del contrato.

**2.7.** Que el servicio que venía prestando INRAVISION fue ineficiente, lo cual impidió la competitividad entre el operador de televisión público y el privado, situación que, según afirmó, llevó a la suscripción del Otro Sí No. 1 del 3 de mayo de 1999, que modificó el contrato en la cláusula sexta, en relación con la forma de pago de las tarifas, así como en la cláusula décima séptima, en lo que tiene que ver con las causales para la declaratoria de caducidad y sus efectos y en la cláusula décima novena en lo relativo a las multas del concesionario.

**2.8.** Que, dada la inconformidad y la situación económica de los concesionarios, así como la situación de la televisión y del país, se suscribieron los Otrosíes números 2, 3, 4, 5 y 6 del contrato, a pesar de lo cual, las medidas allí tomadas no ayudaron mayor cosa, dada la situación de los ingresos obtenidos por la concesión.

**2.9.** Que el 24 de agosto de 2000 la CNTV le puso de presente al concesionario que mediante la Resolución No. 724 de 18 de agosto de 2000 había adoptado medidas transitorias sobre la clasificación de los espacios, según su horario y franja de audiencia, situación que había incidido en las tarifas.

**2.10.** Que como consecuencia de la crisis económica, derivada de la recesión y de la negativa de la ahora demandada a reducir las tarifas, DFL se vio en la necesidad de solicitar la apertura de un trámite concordatario ante los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad, trámite que se puso en conocimiento de todos los acreedores, específicamente de la CNTV, a la que se le informó a través del telegrama remitido el 8 de marzo de 2001.

**2.11.** Que la CNTV, mediante oficio No. 65266 del 9 de marzo de 2001, conminó a DFL para que se pusiera al día con sus obligaciones, pues de otra forma se haría acreedor a la sanción consistente en la declaratoria de caducidad del contrato.

**2.12.** Que con fundamento en la cláusula compromisoria, DFL presentó demanda arbitral, en relación con las controversias surgidas con la misma CNTV[[4]](#footnote-4) en otros contratos de concesión, pese a lo cual y a haberle informado sobre el trámite concordatario, tal entidad, mediante Resolución No. 1076 de 15 de noviembre de 2002, declaró la caducidad del contrato No. 102 de 1997, acto administrativo contra el cual presentó el recurso de reposición, que fue desatado en forma confirmatoria con las Resoluciones 265 y 266 de 7 de abril de 2003.

**2.13**. Que, dada su situación económica, el 22 de noviembre de 2002, con base en lo regulado por el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, DFL solicitó a la ahora demandada la autorización para devolver los espacios de televisión concesionados, requerimiento que fue resuelto en forma negativa por la CNTV, según afirmó el demandante, por cuanto el peticionario no se encontraba al día en sus pagos.

**2.14.** Que la CNTV, mediante Resolución No. 144 del 10 de marzo de 2004, procedió a liquidar unilateralmente el contrato No. 102 de 1997, decisión contra la que interpuso recurso de reposición, el que fue resuelto en forma negativa mediante la Resolución No. 378 de 22 de junio de 2004.

**3. Concepto de violación legal**

El apoderado de DFL fundamentó su concepto de violación legal en los argumentos que se resumen a continuación: **i)** se configuró el desequilibrio económico en el contrato de concesión por falta de conmutatividad y circunstancias imprevisibles. Indicó que dicho desequilibrio se dio “por no efectuar la revisión de tarifas ante la presencia de hechos nuevos”; **ii)** la caducidad del contrato fue impuesta en forma ilegal, dado que se apoyó en causas que no eran reales y, como consecuencia, debe ser anulada, en la misma forma que el acto de liquidación unilateral del contrato, teniendo en cuenta que en este último se incluyeron las sumas dejadas de pagar, por las tarifas no revisadas con base en los estudios que debió realizar la CNTV y el valor correspondiente por concepto de cláusula penal. Con base en este último argumento, apoyó la solicitud de nulidad del acto que ordenó la compensación de las sumas reconocidas en favor de DFL en un laudo arbitral proferido para dirimir las controversias entre las mismas partes.

**4. Actuación Procesal.**

La demanda presentada el 6 de abril de 2005[[5]](#footnote-5) fue admitida mediante auto del 19 de mayo siguiente[[6]](#footnote-6), que se notificó en legal forma al Ministerio Público el 20 de mayo de 2005[[7]](#footnote-7) y al representante legal de la CNTV el 21 de junio del mismo año[[8]](#footnote-8).

**5. Contestación de la demanda.**

La CNTV contestó la demanda para oponerse a las pretensiones[[9]](#footnote-9) y, como fundamento de su inconformidad, sostuvo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 numeral 1 de la Ley 14 de 1991, el contrato de concesión de espacios de televisión tiene por objeto autorizar la utilización de espacios de los canales de televisión.

A lo anterior agregó que, según lo establecido en los artículos 12, literal c) y 23 de la Ley 182 de 1995, el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión es un bien público que para poder ser utilizado debe contar con el correspondiente permiso, otorgado mediante contrato, y puntualizó que la operación del servicio público de televisión estaba a cargo de Inravisión.

Manifestó que en ningún momento había incumplido las obligaciones contraídas con la suscripción del contrato de concesión de espacios de televisión No. 102 de 13 de noviembre de 1997; que según el artículo 5 literal g) de la Ley 182 de 1994 y la cláusula sexta del contrato, el ahora demandante había quedado obligado al pago de las tarifas que se causaron de conformidad con el mismo, por el uso del espectro electromagnético. Agregó que la cláusula de forma de pago fue modificada en varias ocasiones durante la ejecución del contrato, en beneficio del concesionario, no obstante lo cual, fue incumplida.

En relación con las tarifas cobradas a DFL por el uso del espectro electromagnético, sostuvo que fueron las establecidas mediante la Resolución 673 de 23 de diciembre de 1997, las cuales rigieron a partir del 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1998 y fueron conocidas y aceptadas por el concesionario.

Agregó que tales tarifas podían ser reajustadas con el IPC, además de que podían variar durante la ejecución del contrato, de conformidad con los criterios legalmente establecidos y con base en otros factores, para lo que había de tenerse en cuenta el comportamiento del mercado publicitario, sin que dicho reajuste pudiera ser menor al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Aseguró que durante 1999 las tarifas se reajustaron por primera vez mediante Resolución 115, en porcentaje equivalente al IPC certificado por el DANE, reajuste que fue puramente nominal y que luego, durante ese mismo año, se redujeron por debajo del IPC para mantenerse así hasta finales del 2000.

Indicó que a partir de ese momento la CNTV dispuso dos nuevas reducciones hasta finales de 2003 y que, además, se reclasificaron los espacios, circunstancia que se tradujo en una reducción adicional de tarifas.

En cuanto a la red deficiente y el decaimiento del rating, manifestó que según lo dispuesto en los artículos 35 y 62 de la Ley 182 de 1995, este último, modificado por el artículo 16 de la Ley 335 de 1996, le correspondió a Inravisión la operación de las frecuencias requeridas para la emisión y transmisión de la señal de televisión; que era su obligación realizarle transferencias a Inravisión con el fin de que implementara los ajustes necesarios para su funcionamiento y que en el lapso comprendido entre 1999 y 2004 se habían comprometido $149.423´383.380, para lograr un mejor servicio.

Aclaró que las dificultades en la operación de la red no se relacionaron con la audiencia o la falta de sintonía en los programas de cada uno de los concesionarios de televisión.

Explicó que para los concesionarios de espacios de televisión lo importante, comercialmente hablando, no es la disponibilidad de la señal en la totalidad de la red pública de televisión, sino solo en las 15 estaciones relacionadas con la población que es objeto de medición de niveles de audiencia; que con el fin de evitar contratiempos en estas estaciones durante la ejecución del contrato con el ahora demandante, la entidad demandada invirtió en reposición de equipos la suma de $94.251’107.157 y entregó recursos a Inravisión para el mantenimiento de la red pública por un valor de $4.437´000.000.

En relación con la teoría de la imprevisión y con el hecho del príncipe, como supuestas causales de desequilibrio económico, manifestó que era cierta la crisis económica para la época, pero que la misma se había iniciado antes de la celebración del contrato, por lo que, según su criterio, no se puede aceptar la ocurrencia de un hecho imprevisible que haya afectado el equilibrio del contrato; que aunque es cierto que muchos concesionarios devolvieron los espacios adjudicados, esa circunstancia tampoco hizo más gravosa la situación de los concesionarios que continuaron ejecutando sus contratos, así como tampoco contribuyó a ello el hecho de que a partir del 1 de enero de 1998, además de los canales nacionales de operación pública el servicio de televisión fuera prestado por canales nacionales de televisión privada.

En cuanto a la naturaleza del contrato 102 de 1997, adujo que era estatal y que estaba sometido al régimen general de la Ley 80 de 1993. Agregó que las partes, de común acuerdo, con fundamento en la autonomía de la voluntad, acordaron en la cláusula décima séptima del contrato, modificada el 3 de mayo de 1999 mediante el Otro sí No. 1, establecer cinco causales de caducidad del contrato, frente a las cuales las partes convinieron que su ocurrencia *per se* implicaría “…*que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato, con posibilidad de conducir a la paralización del mismo*”.

Agregó que la quinta de esas causales fue la invocada en el acto administrativo impugnado, como motivo para su expedición, consistente en la “*mora del concesionario en el pago de las obligaciones pecuniarias a su cargo, cuando el valor de la cifra en mora exceda del veinte por ciento (20%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento o cuando la mora exceda de ciento ochenta (180) días*”, disposición que no contraviene ninguna previsión legal, ni las buenas costumbres o el orden público, sino que, por el contrario, busca garantizar el interés público que se halla en juego en el servicio de la televisión.

En lo que tiene que ver con la supuesta violación del artículo 1602 del Código Civil que arguye la demanda, según asegura, por cobrar una cláusula penal mayor a la establecida en el contrato, sostuvo que ese cargo carece de fundamento, por cuanto la obligación del asegurador se contrae a cubrir el valor real de los perjuicios que eventualmente llegue a sufrir el asegurado como consecuencia del incumplimiento del contratista afianzado, pero dentro de los límites del valor asegurado pactado en la póliza, por lo que previó que sería absurdo pensar que por el transcurrir del tiempo la póliza disminuyera en su valor.

También la CNTV fue enfática en afirmar que el cargo consistente en la ilegalidad de la resolución de caducidad carecía de fundamento, pues fue proferida en cumplimiento de lo dispuesto en la citada causal, consistente en que tendría lugar cuando el monto de las obligaciones en mora del concesionario excediera el 20% del valor asegurado en la póliza de cumplimiento del contrato. Dejó en claro que esa mora no incluía las cuotas contenidas en el proceso concursal adelantado por el Juzgado 38 Civil del Circuito de esta ciudad, tal como se puede comprobar en el estado de cuenta de 17 de octubre de 2002.

En lo que tiene que ver con la supuesta ilegalidad de la liquidación unilateral adoptada y cuya anulación se pretende en la presente acción, adujo que, una vez declarada la caducidad del contrato, se dispuso a liquidarlo en forma conjunta con el contratista, para lo cual solicitó su presencia mediante las comunicaciones No. 2003EE15990 del 29 de diciembre de 2003, 2004EE201 del 9 de enero de 2004 y EE1772 del 17 de febrero de 2004, no obstante lo cual, este “*no realizó observaciones al acta liquidatoria puesta a su consideración*”, razón por la cual liquidó unilateralmente el acuerdo de voluntades.

Como consecuencia de todo lo anterior, la CNTV formuló como **excepción,** frente a las pretensiones de DFL,la de contrato no cumplido.

**6.** **La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 8 de julio de 2009 resolvió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los razonamientos que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

En relación con el desequilibrio económico del contrato, observó que para el momento en que las partes suscribieron el contrato No. 102 de 1997, la demandante tenía conocimiento de que, a partir del 1 de enero de 1998, entrarían al mercado operadores privados del servicio de televisión, pues la televisión privada en Colombia había sido creada por la Ley 335 de 1996, razón por la cual debió prever que la competencia aumentaría y debía tomar las medidas necesarias para que esa situación no afectara la ejecución del contrato de concesión.

En esa misma línea, consideró que no puede alegar el demandante que esa circunstancia fuera imprevista e imprevisible para él y ello para llegar a la conclusión de que en el presente caso no tiene cabida la teoría de la imprevisión, pues la entrada en funcionamiento de los canales de televisión privada no constituyó un imprevisto excepcional ni ajeno para la hoy parte actora.

Para el a quo, la parte actora en la prestación del servicio de concesión tenía una carga de diligencia, pues estaba compitiendo con otros operadores en calidad y eficiencia, por lo que debió tomar las medidas necesarias para evitar la grave afectación en la prestación del servicio y el detrimento patrimonial del propio contratista, en relación con la utilidad esperada.

En lo que tiene que ver con la entidad demandada, afirmó que ésta había tomado las medidas necesarias para que el servicio se siguiera prestando en óptimas condiciones, lo que se reflejaba en las inversiones realizadas, que fueron superiores a los US$35´000.000, a partir de lo cual concluyó que la CNTV con esas actuaciones buscó que el concesionario no se viera perjudicado con la entrada en operación de los nuevos canales privados.

Resaltó que aunque la hoy parte demandante tomó medidas para evitar que la entrada en funcionamiento de los nuevos canales de televisión afectara negativamente la prestación del servicio, debió adoptar medidas más agresivas como la búsqueda de nuevos nichos de mercado que pudieran tener éxito en el aumento del *rating,* o la implementación de nuevos programas que hiciera más llamativo este servicio a la teleaudiencia.

En lo que guarda relación con la afirmación hecha por la parte demandante, consistente en que existieron otras situaciones que menoscabaron el desarrollo del referido contrato, tales como la recesión económica que afectó negativamente el PIB, el incremento en las tasas de interés y del desempleo, la caída del comercio exterior y la incertidumbre cambiaria, afirmó que no existe prueba de que estas circunstancias hubieran afectado la ejecución del contrato de concesión.

Agregó que si el contratista presentaba una situación económica difícil que afectaba el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debió ejercer en su momento la previsión contenida en la cláusula vigésima sexta del contrato, que le permitía renunciar al mismo y proceder a su terminación anticipada, sin que hubiera lugar a indemnización alguna.

Acerca de la graduación de las tarifas, sostuvo que el contratista al momento de suscribir el contrato aceptó y se obligó a pagar al contratante la tarifa por la utilización de los espacios concedidos, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones.

En lo que tiene que ver con la ilegalidad de la resolución mediante la cual se declaró la de caducidad del contrato, manifestó que para que la entidad estatal decretara la caducidad del contrato, era necesario que se presentara alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afectaran de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidenciara que podrían conducir a su paralización.

Agregó, que en el presente asunto las partes pactaron el Otro Sí No. 1, en el que incluyeron como causal de caducidad del contrato la mora en el pago de las obligaciones pecuniarias por más de 180 días o por un porcentaje que excediera el 20% del valor de la garantía del contrato.

Encontró probado que mediante comunicaciones del 9 de marzo y 24 de abril de 2001 la CNTV informó a la parte actora que la mora en sus obligaciones excedía del 20% del valor asegurado; por lo que consideró que la entidad se encontraba facultada para declarar la caducidad del contrato, al estimar que dicho incumplimiento afectaba de manera grave y directa la ejecución contractual, lo que conduciría a su paralización.

En relación con este tema finalizó puntualizando que si el demandante consideraba que dicha estipulación contractual era ilegal, debió demandar su nulidad y concluyó que siendo el contrato ley para las partes, se presumía la legalidad de sus cláusulas, las cuales están llamadas a producir efectos jurídicos, por lo que no tenía lugar la solicitud de nulidad del acto mediante el cual se declaró la caducidad del contrato.

En lo que tiene que ver con el tema de la devolución de los espacios de televisión, advirtió que era una facultad que tenía la parte actora, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, de la que no hizo uso en su oportunidad, toda vez que la entrada en vigencia de los operadores privados de televisión ocurrió desde el 1 de enero de 1998 y manifestó su interés en devolver los espacios de televisión el 22 de noviembre de 2002, fecha posterior a la expedición de la Resolución No. 1076 de 15 de noviembre del mismo año, que declaró la caducidad del contrato No. 102 de 1997.

Finalmente, advirtió que los actos administrativos expedidos se presumen legales, pues el incumplimiento del contratista conllevó a su expedición, y no se comprobó que la entidad estatal hubiera obrado ilegalmente, pues simplemente hizo efectiva una facultad otorgada por la ley, por el no cumplimiento o el cumplimiento imperfecto de las obligaciones del contratista.

**7. El recurso de apelación.**

De manera oportuna[[10]](#footnote-10), la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia para que se revoque y, en su lugar. se acceda a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su inconformidad, sostuvo, en relación con el desequilibrio económico del contrato, que no compartía las apreciaciones del a quo, pues la CNTV para poder fijar la tarifa de los espacios de televisión debió tener en cuenta los elementos señalados en el artículo 5 literal g) de la Ley 182 de 1995, es decir, debió contemplar la totalidad de las variables económicas, de manera que dichas tarifas correspondieran a la realidad del país y de la televisión en el momento de su implementación.

Afirmó que en 1998 iniciaron operaciones 15 nuevos canales, entre privados, regionales y satelitales, pese a lo cual la entidad demandada no modificó las tarifas cobradas a los concesionarios de espacios de televisión, tal como lo disponía el literal g) del artículo 6 de la Ley 182 de 1995, que obligaba a la entidad pública demandada a realizar un estudio que determinara, bajo estas nuevas circunstancias, cuáles debían ser las tarifas a cobrar a los concesionarios, para mantener el equilibrio económico del contrato y, al no haber cumplido con la disposición legal enunciada, se produjo el rompimiento de la conmutatividad del contrato 102 de 1997.

Agregó que las tarifas constituyen un costo de operación de los concesionarios de televisión y, por ello, para que el negocio sea rentable, estas no pueden superar el valor de las utilidades y aseguró que es función de la entidad demandada revisar que esto no suceda.

Insistió en que no existen antecedentes relativos a la metodología utilizada para fijar las tarifas cobradas a los concesionarios, que las mismas fueron fijadas hace mucho tiempo por Inravisión, y que nunca han sido revisadas, situación que, según su dicho, fue ratificada por el Director de la demandada en informe presentado bajo juramento en este proceso.

De lo anterior dedujo que la Comisión continuó cobrando las tarifas fijadas por Inravisión y que lo único que hizo fue incrementarlas ocasionalmente con el Índice de precios al consumidor y, en algunas ocasiones, las redujo, sin tener en cuenta el mercado o la situación económica del país.

Todo lo anterior, para concluir que el desequilibrio económico se dio por no determinar la tarifas con base en los factores que señala la ley y por no reducirlas ante la presencia de hechos nuevos, sucedidos en ejecución del contrato, a pesar de haberse solicitado oportunamente.

Agregó que, además de lo expuesto, durante 1998 el país afrontó una recesión económica, que resultó evidente por el desplome del PIB, lo que produjo el aumento de las tasas de interés, el incremento de las tasas de desempleo, así como de la cartera morosa, incertidumbre cambiaria, caída del comercio exterior, parálisis de la inversión y caída de los ingresos promedio de la población, lo cual afectó de manera grave y directa el sector de la televisión.

De otro lado, puso de presente que el servicio prestado por INRAVISION era deficiente, impidiendo que los operadores de televisión pública compitieran en igualdad de condiciones con los operadores privados; agregó que la demandada quiere desvirtuar esta verdad con la manifestación de que durante 1998 y 1999 se celebraron los contratos Nos. 151 y 053 con el fin de ajustar la red, lo que duró varios años, específicamente durante la ejecución del contrato No. 102 de 1997.

En conclusión, afirmó que las acciones tomadas fueron insuficientes para que el concesionario pudiera operar de manera eficiente, desde el punto de vista económico, razón por la cual se hizo imposible el pago de las tarifas cobradas por la entidad, e insistió en que se debe ordenar que la demandada restablezca el equilibrio económico del contrato a un punto de no pérdida.

En relación con el tema de la declaratoria de caducidad del contrato, manifestó no compartir las apreciaciones del *a quo,* porque el 7 de febrero de 2001 se había dado apertura al trámite concordatario del ahora demandante, en el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, circunstancia que conocía la entidad demandada por haberse hecho presente en el proceso como acreedora y, por lo mismo, pudo conocer la situación económica del concesionario, así como la imposibilidad de pago de sus deudas.

Insistió en que por imposibilidad de continuar con el contrato, mediante comunicación No. 18911 del 22 de noviembre de 2002, solicitó a la entidad demandada que se le autorizara la devolución de los espacios de televisión concesionados, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, advirtiendo que era una facultad de los concesionarios devolver los espacios y una obligación de la CNTV recibirlos y que, a pesar de que con dicha comunicación se entendían devueltos los espacios de televisión, la demandada no los recibió inmediatamente, por lo que el servicio se continuó prestando, no obstante la crisis económica del concesionario.

Con base en lo expuesto, el demandante concluyó que era evidente la ilegalidad del acto que declaró la caducidad del contrato, pues la mora en el pago de las obligaciones no se enmarca en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, ya que nunca se produjo la paralización del servicio, por lo que agregó que este acto administrativo es nulo, sin necesidad de que se declare la nulidad de la cláusula prevista contractualmente.

Advirtió que en el presente caso no se cumplían varias condiciones para que procediera la declaratoria de caducidad del contrato, porque el incumplimiento del mismo era justificado, ya que el contratista había iniciado un proceso concordatorio, precisamente por la imposibilidad de pagar todas sus obligaciones y porque la CNTV no había modificado las tarifas, teniendo en cuenta los factores que afectaban la ejecución del contrato.

Sostuvo que las tarifas son “*una contraprestación que proviene de las utilidades que genera el uso del espectro electromagnético, pero si dicho uso no reporta beneficio alguno al Concesionario, en lógica, es improcedente realizar el cobro de tarifas que sean ajenas a tal situación*”.

Agregó que no es posible, en virtud de una estipulación de las partes, que difiere de la disposición legal, declarar la caducidad del contrato, como lo hizo la entidad demandada, por lo cual considera que la entidad demandada excedió su competencia al declarar la caducidad del contrato No. 102 de 1997 sin que se dieran las causales legales definidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, pues el único motivo que tuvo para sancionar al concesionario fue la mora en el pago de unas prestaciones periódicas, que se encontraba en imposibilidad de pagar, circunstancia que fue generada por ella misma al no modificar las tarifas.

Adicionalmente, el demandante echó de menos en la sentencia, el análisis de los elementos que exige la ley para la declaratoria de caducidad del contrato, como son, a su juicio, la culpa grave o el dolo, porque, DFL no pagó las mensualidades porque se encontraba en imposibilidad absoluta de hacerlo, ya que había entrado en concordato.

Advirtió que si el juez encuentra que alguna cláusula contractual está viciada de nulidad absoluta, puede realizar una declaración de oficio en tal sentido, sin necesidad de existir pretensión al respecto.

En relación con la liquidación unilateral del contrato, insistió en que las sumas incluidas en ese acto no correspondieron a lo realmente adeudado por el demandante. Lo anterior, habida cuenta de que el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se encuentra viciado de nulidad y, como consecuencia de ello, la cláusula penal no puede ser cobrada al ahora demandante, lo que de contera implica que la Resolución 144 de 2004 adolece de falsa motivación y no se atuvo al principio de legalidad.

Además, reiteró que la liquidación de las tarifas adeudas se debía hacer hasta la fecha de radicación de la comunicación de devolución de los espacios de televisión, lo que hubiera significado una reducción en el valor liquidado por este concepto.

Finalmente, reafirmó que al incluir en la resolución de liquidación unilateral el valor de la cláusula penal, las tarifas que no correspondían a la realidad económica del contrato y la compensación de las sumas que resultaron a su favor en un laudo arbitral, la CNTV incurrió en falsa motivación y, por tanto, los respectivos actos administrativos, debieron ser anulados por el Tribunal a quo.

**8. El trámite de segunda instancia**

El recurso interpuesto fue admitido a través de auto del 8 de octubre de 2009[[11]](#footnote-11) y, mediante proveído del 5 de noviembre de la misma anualidad[[12]](#footnote-12), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunciaron las partes demandante y demandada para reiterar los argumentos del recurso de apelación y de la contestación de la demanda, respectivamente[[13]](#footnote-13).

El Ministerio Público conceptuó de fondo y pidió que se confirme el fallo recurrido, por cuanto no obra en el proceso prueba de la existencia del contrato No. 102 de 1997, pues el mismo fue aportado por la parte demandante en copia simple[[14]](#footnote-14).

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

**II.- CONSIDERACIONES**

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** procedencia y oportunidad de la acción; **3)** pruebas; **4)** competencia del Juez *ad quem* frente al recurso de apelación; **5**) orden de razonamiento para el debido juzgamiento sobre el desequilibrio económico del contrato; **6)** nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato; **7)** legalidad de los actos de liquidación unilateral y de compensación y, **8)** costas.

**1. Jurisdicción y competencia**

**1.1. Jurisdicción**

La Sala advierte que le asiste competencia para conocer del recurso de apelación en el presente proceso teniendo en cuenta que el Contrato 102 de 1997, sobre el cual se solicitan las declaraciones pretendidas por la parte actora, fue celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión y Diego Fernando Londoño y que esa entidad por disposición del artículo 76 de la Constitución Política fue un “*organismo de derecho público**con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica,**sujeto a un régimen legal propio”[[15]](#footnote-15).*

Por otra parte, se recuerda que el artículo 75 de la citada Ley 80 de 1993 dispuso, acerca de la jurisdicción competente, lo siguiente:

 *“Artículo**75º****.-****Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”*

Además, la acción contractual impetrada por la parte actora ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se considera procedente, teniendo en cuenta la disposición acerca de las acciones contractuales contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha de presentación de la demanda, a cuyo tenor:

*"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”*

Finalmente, en relación con la pretensión de nulidad de las Resoluciones acusadas, mediante las cuales se decretó la caducidad del contrato y se dispuso su liquidación unilateral, no cabe duda de la naturaleza de actos administrativos – de carácter contractual- que se predica de las citadas decisiones, de conformidad con la Ley 182 de 1995[[16]](#footnote-16).

**1.2. Competencia por el factor de la cuantía del litigio**

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en tres mil millones de pesos ($3.000´000.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación – 30 de julio de 2009[[17]](#footnote-17) - era de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual, de acuerdo con el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda[[18]](#footnote-18), ascendía a ciento noventa millones setecientos cincuenta mil pesos ($190’750.000,oo).

**2. Procedencia y oportunidad de la acción**

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la caducidad de la acción contractual impetrada, para cuyo propósito es necesario dejar claro que a través de su interposición se formularon pretensiones orientadas a que se declare la ruptura del equilibrio económico del Contrato 102 de 1997, pretensiones anulatorias de los actos administrativos de caducidad y liquidación unilateral, proferidos con ocasión del mismo contrato y pretensiones indemnizatorias por concepto de los perjuicios sufridos.

Vale acotar que se solicitó la declaratoria de nulidad de siete resoluciones, tres de ellas referidas a la caducidad del contrato y a su confirmatoria; dos de ellas contentivas del acto de liquidación unilateral del contrato y una resolución mediante la cual se ordenó la compensación de una suma a favor de la CNTV, esto es, para pagar parte de las obligaciones de DFL, establecidas en la citada liquidación unilateral.

En cuanto a las fechas, se tiene presente que la Resolución No. 1076 se expidió el 15 de noviembre de 2002 -por la cual la CNTV declaró la caducidad del contrato de concesión, hizo efectiva la cláusula penal y ordenó la liquidación del mismo en el estado en que se encontraba[[19]](#footnote-19) y que. mediante las Resoluciones. 265 y 266 de 7 de abril de 2003 se resolvieron los recursos de reposición confirmando Resolución 1076[[20]](#footnote-20).

A su turno, la Resolución No. 144 se expidió el 10 de marzo de 2004 -por la cual la CNTV liquidó unilateralmente el contrato de concesión de espacios No. 102 de 1997-[[21]](#footnote-21) como consecuencia de la declaratoria de caducidad y mediante la Resolución No. 378 de 22 de junio de 2004, se resolvió un recurso de reposición impetrado contra la liquidación unilateral del contrato, confirmándola en su totalidad[[22]](#footnote-22).

Finalmente, la Resolución No. 671 se expidió el 29 de agosto de 2003, a través de este acto administrativo se ordenó el pago dispuesto en el laudo arbitral proferido en otra controversia entre las mismas partes y se dispuso la compensación de unas sumas de dinero[[23]](#footnote-23) y mediante Resolución No. 905 del 10 de diciembre de 2003 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en sentido confirmatorio[[24]](#footnote-24).

Como se observa, todas las decisiones demandadas se produjeron con ocasión de la ejecución del Contrato No. 102 de 1997 y se desencadenaron a partir de la declaratoria de caducidad del contrato y de su consecuente liquidación unilateral.

Todos los actos administrativos acusados en el presente proceso cobraron ejecutoria en el lapso de los dos años anteriores a la fecha de la demanda presentada el 26 de abril de 2005, de manera que no tuvo lugar la caducidad de la acción prevista en el artículo 136 del CCA.

No sobra anotar que en este caso se presenta un evento de actos encadenados por una misma causa, en lo que se refiere a la caducidad y a la liquidación consecuente, por lo cual, de conformidad con jurisprudencia de esta Corporación la acción contractual, para esos actos podía ejercerse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que cobrara ejecutoria el acto unilateral de liquidación del contrato*[[25]](#footnote-25)*, plazo que era aún más amplio que el que se hubiera tenido para impugnar las resoluciones individualmente consideradas, de manera que, con mayor razón, se respetó para presentar la demanda en este proceso, contándolo a partir de la ejecutoria de la Resolución 905 del 10 de diciembre de 2003.

Como consecuencia se verifica que la demanda se presentó en su oportunidad y no hubo lugar a la caducidad de la acción.

**3. Pruebas**

Algunos de los documentos obrantes en el proceso se remitieron en original o en copia auténtica, de conformidad con los dictados de los artículos 168 del C.C.A. y 253 del C.P.C. y otros, en copia simple, como el Contrato 102 de 1997, entre ellos, no obstante, serán tenidos en cuenta como pruebas válidas, puesto que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial de la Corporación, según el cual resulta posible otorgarle eficacia probatoria a las copias.

Se tiene en cuenta que a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2013, se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”.*

Las pruebas que deban ser analizadas para desatar el recurso de apelación se citarán en el aparte correspondiente**.**

**4. La competencia del Juez *ad quem* frente al recurso de apelación**

En el presente caso, de acuerdo con el recurso de apelación que presentó el demandante, la inconformidad con el fallo de primera instancia, en congruencia con lo pretendido y debatido en este proceso, se resume en dos aspectos puntuales, siguiendo los dos acápites que indicó el demandante, a saber: **i)** ruptura del equilibrio económico del contrato, **ii)** nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la cual conlleva la de los actos de liquidación unilateral y de compensación.

En el primer punto, el apelante se enfoca en el desequilibrio causado por la imprevisión de la CNTV en los estudios previos y en la negativa a incorporar hechos nuevos en las tarifas, con fundamento en lo cual afirmó que el Tribunal *a quo* ha debido reconocer la ruptura del equilibrio económico del contrato.

En relación con la imposición de la caducidad del contrato y de las consecuentes liquidación unilateral y orden de compensación, la apelación se concentró en el supuesto desconocimiento del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consideró que el incumplimiento de DFL no era real, grave e injustificado, dado que se causó por la situación del mercado, amén de que no llevó a la paralización del servicio de televisión en los espacios concesionados.

En el ataque a la decisión sobre la caducidad del contrato, el apelante afirmó que el Tribunal *a quo* no podía apoyarse en la cláusula contractual mediante la cual las partes definieron que la mora, en más del 20% del valor asegurado o por más de 180 días, constituía un incumplimiento grave e injustificado que amenazaba la paralización del contrato, y que, en su lugar, la sentencia de primera instancia ha debido establecer que la sanción fue ilegalmente impuesta por cuanto no se daban los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993. Observó que el Tribunal *a quo* estaba facultado para decretar la nulidad oficiosa de la respectiva cláusula.

Finalmente, sobre el supuesto de que las tarifas no correspondían a la realidad del mercado y que la caducidad no podía haberse decretado, el demandante insistió en la nulidad de los actos de liquidación unilateral y de compensación.

**5. Especialidad de la Ley de Televisión**

La Sala advierte que el contrato de concesión de espacios de televisión, previsto en la Ley 182 de 1995, se rigió de manera especial por esa ley, y en lo no previsto, por la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de carácter reglamentario que podía expedir la CNTV, con arreglo a la ley de televisión.

Sobre las disposiciones especiales del contrato de concesión referido en la Ley 182 de 1995, se trae a colación el recuento que realizó por la Subsección A, en la siguiente forma:

*“Se debe destacar que la Ley de Televisión definió específicamente el ‘acto jurídico’ de la concesión, mediante el cual se autoriza ’a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio’, además de que se refirió en todo el cuerpo normativo al “contrato de concesión”, tanto para regular el tratamiento de los contratos entonces vigentes, como los que se podrían adjudicar a partir de su expedición.*

*“Sobre el particular, resulta útil citar los artículos 35 y 45 de ley 182 de 1995:*

*“(…).*

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

*“En este orden de ideas, se advierte que materia del servicio público de televisión, la “concesión” fue regulada en sus dos modalidades;* ***i)*** *el acto administrativo de autorización, es decir la concesión entendida como permiso otorgado o concedido a través de un acto unilateral del Estado y* ***ii)*** *el contrato estatal de concesión, esto es el acuerdo de voluntades entre el Estado concedente y el respectivo concesionario público o privado.*

*“En este punto se debe mencionar también que el contrato de concesión fue definido en la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-26), así como en el artículo 33 de la misma ley se dispuso que los servicios de telecomunicaciones serían prestados mediante concesión o licencia y que los ‘servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales sobre la materia’.* ***De esta manera la Ley 182 de 1995 se erigió en norma especial y posterior a la Ley 80 de 1993, por lo cual siempre estuvo llamada a regir de manera preferente en punto a los contratos de concesión en los aspectos específicamente contemplados en ella****[[27]](#footnote-27)”.*

 *“(…).*

*“Ahora bien, en cuanto a la contraprestación o remuneración que debe reconocer el concesionario al Estado por la explotación del servicio público en materia de televisión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido que es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas se encuentra vinculada directamente* ***con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión del espectro electromagnético y que, en tal medida constituye un precio público y no un impuesto ni una contribución parafiscal****”[[28]](#footnote-28)* (la negrilla no es del texto).

**5. Orden de razonamiento para el debido juzgamiento del desequilibrio económico del contrato**

**5.1. El equilibrio económico en la Ley de Televisión**

El artículo 33 de la Ley 80 de 1993 invocó la vigencia y aplicación de las normas especiales sobre televisión, así:

*“Parágrafo.- Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley  37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.* ***Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia****”.*

En la Ley 182 de 1995 no se incluyó una regulación sobre el equilibrio económico del contrato, aunque, por supuesto, este es una condición ínsita entre el Estado y sus concesionarios, si se mira de cara a las disposiciones sobre el cumplimiento de los fines del servicio de televisión, a la garantía de igualdad de acceso y a la libre competencia del mercado[[29]](#footnote-29):

**5.2. Marco legal del desequilibrio económico del contrato**

Teniendo en cuenta que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 invocó la observancia del derecho privado, como norma básica de las obligaciones en la contratación estatal, puede indicarse que la figura del equilibrio económico comparte fundamentos con las siguientes instituciones propias del derecho civil y comercial: **i)** la conmutatividad del contrato oneroso[[30]](#footnote-30) y el reconocimiento de que frente a la prestación que se torna irrisoria ocurre la ruptura de la conmutatividad[[31]](#footnote-31) y **ii)** el derecho a la revisión por circunstancias imprevistas cuando las mismas ocasionan una excesiva la carga contractual, frente a la cual *“el juez puede ordenar los reajustes que la equidad le indique*” siguiendo las voces del artículo 868 del C.Co.

Sin embargo, la figura del desequilibrio económico del contrato en el régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007 puede tener otras causas distintas de las que considera el derecho privado y, dentro del contexto de los fines de la contratación estatal, se advierte como un deber de restaurar el equilibrio económico en orden al cumplimiento de los fines públicos, el cual no se restringe a la categoría del contrato conmutativo[[32]](#footnote-32).

Por ello, el equilibrio de la ecuación contractual en la contratación estatal constituye un instrumento dinámico que no solo expresa la restauración de las prestaciones interpartes, dado que puede y debe analizarse teniendo en cuenta que la parte a quien corresponde[[33]](#footnote-33) está obligada a allegar los recursos y adelantar las actividades que se requieran para que se logre oportunamente el cometido estatal de la respectiva contratación.

Las normas legales sobre las que descansa el derecho al equilibrio económico del contrato en la Ley 80 de 1993, son las siguientes:

*“****Artículo  5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas.*** *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:*

*“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y* ***a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.***

*“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.”* (La negrilla no es del texto).

*“****Artículo******27º.- 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.***

*“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate****.****”*(la negrilla no es del texto).

*“****Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales.*** *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y* ***la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos****”* (La negrilla no es del texto).

En interpretación de esas normas, el Consejo de Estado ha identificado las causas y los requisitos que al amparo de la legislación pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal[[34]](#footnote-34). Dentro de esas causas, se han indicado las siguientes: **i)** el denominado hecho del príncipe (acto o hecho del Estado), **ii)** el ius variandi (modificación unilateral de las condiciones contractuales)[[35]](#footnote-35), **iii)** la teoría de la imprevisión (ocurrencia de circunstancias imprevisibles) y **iv)** más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha estudiado el defecto en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante (afectación del valor intrínseco de la remuneración).

**5.3. Cuestión de método para esclarecer el desequilibrio contractual**

Aunque parezca obvio, es importante observar que el desequilibrio económico debe juzgarse partiendo de la identificación de la ecuación económica que gobernó el respectivo contrato.

También, dentro del estudio de la ecuación económica del contrato, en cada caso concreto debe tenerse presente que el Estado está obligado a restablecer el equilibrio en el marco de la distribución de riesgos y cargas del respectivo contrato.

Además, para acceder a la condena, es preciso probar el impacto nocivo en la afectación de la ecuación económica del contrato, dado que no siempre que se presenta una de las causas referidas por la jurisprudencia, se configura el desequilibrio real y materialmente, lo cual impone el necesario análisis de la ejecución del contrato.

La cuestión de método, que aquí se expresa, advierte que la labor del Juez del contrato se puede mejorar, si avanza desde el desequilibrio definido en plano jurídico –referido, la mayoría de las veces, al análisis exclusivo de las causas posibles- y se conecta, en cada caso concreto, con la prueba del efecto económico correspondiente.

En otras palabras, el juez del contrato no se debería quedar exclusivamente en los conceptos jurídicos del equilibrio, la conmutatividad prestacional y el --tan repetido- sinalagma funcional. Tampoco puede concluir aisladamente con la sola evidencia de una causa típica de desbalance, es imperativo analizar la asignación de riesgos y ejecución del contrato en el caso concreto.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha desarrollado en el sentido de que el deber de restablecer el equilibrio solo puede ser impuesto al Estado contratante cuando obedezca a circunstancias no atribuibles a las partes o que no están obligadas a soportar y a su vez, al amparo de la jurisprudencia, se exige que el desbalance de las cargas contractuales tenga impacto suficiente para provocar la ruptura del equilibrio definido para el contrato.

Aunque, en algunas oportunidades, los demandantes se concentran solo en los hechos que identifican como causas de la ruptura del equilibrio económico, la jurisprudencia de esta Subsección ha reparado en el análisis de la ecuación económica, puesto que no se puede juzgar el desequilibrio económico del contrato sin esclarecer el parámetro o la regla del equilibrio en el mismo[[36]](#footnote-36).

Así las cosas, el orden de razonamiento en materia del desequilibrio económico del contrato se debe desplegar en los siguientes aspectos: i) identificación de la ecuación económica del contrato y su funcionamiento; ii) análisis de las causas de desequilibrio invocadas y iii) análisis de la ejecución financiera del contrato.

Se advierte que

Se anticipa desde ahora que en este caso concreto no se comprobó la tesis jurídica del demandante, dado que según se desprende de la ecuación económica adoptada en el contrato, los efectos adversos por incremento de la competencia no estaban a cargo de la CNTV. Se observará, además, que no se probó el supuesto desequilibrio, de acuerdo con la información financiera de la ejecución del contrato.

**5.4. Esclarecimiento de la ecuación económica del contrato en el caso concreto**

Obra en el expediente el Contrato 102 de 13 de noviembre de 1997, suscrito entre DFL y CNTV, cuyo objeto consistió en la concesión de espacios publicitarios de televisión a cambio del pago de las tarifas contenidas en los documentos contractuales, según se establece con fundamento en la siguiente cláusula:

*“PRIMERA.- OBJETO. El objeto de este contrato de concesión es la entrega que hace LA COMISION a título de concesión al señor DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES para la utilización y explotación de los siguientes Espacios de Televisión en el CANAL A, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO, los cuales forman parte integral del presente contrato”.*

El plazo de ejecución del contrato se fijó en *“seis (6) años improrrogables, comprendidos entre el primero (1º) de enero de 1998 y el treinta y uno (31) de diciembre del año 2003”.*

Acerca del valor del contrato se indicó que: “*se estima en la suma de VEINTIUN MIL CIENTO DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS ($21.119´323.210) M/CTE”.*

Observa la Sala que la antedicha cláusula de valor correspondía al estimativo de las tarifas a pagar en vigencia del contrato, de acuerdo con la tabla de tarifas que hizo parte del pliego de condiciones.

Con base en lo anterior, se establece que la ecuación contractual estaba fundada en la conmutatividad entre: el uso del espectro electromagnético y el valor a pagar por el mismo[[37]](#footnote-37).

Se agrega que, de conformidad con el pliego de condiciones, la fórmula de ajuste de las tarifas se fundó en la variación del índice de precios al consumidor, sin perjuicio de los estudios que debía adelantar la CNTV para establecer las variaciones, de manera que bajo dicha fórmula de equilibrio prestacional, el concesionario estaba obligado a soportar un incremento del costo por tarifas, como mínimo equivalente a la variación del IPC.

Contrario a lo que plantea el demandante, el equilibrio económico del Contrato 102 de 1997, no estaba basado en la equivalencia entre las cifras de ejecución del ingreso en venta de publicidad y las utilidades proyectadas por el concesionario. Tampoco existía un compromiso de la CNTV sobre el ingreso mínimo de cada concesionario.

 Aunque para la época en que se adelantó la Licitación No. 01 de 1997 no era exigible la elaboración de una matriz de riesgos, no existe base en el pliego de condiciones ni en la ley para inferir que la CNTV se comprometió a garantizar que el costo de la tarifa no superaría el ingreso en ventas de publicidad logrado en cada caso por el respectivo concesionario.

La distribución implícita del riesgo, no existiendo otra regla, es que a cada parte corresponde asumir el riesgo inherente a su propia actividad. Para la Sala es claro, pues no se puede instituir la regla de que el contratista responde por todo riesgo, ni tampoco la contraria, es decir que el Estado no se puede presumir como garante de todo riesgo.

La apreciación del apelante se entiende, entonces, como una expresión de los resultados que esperaba obtener el concesionario, pero no se puede aceptar como demostrado el supuesto deber de restablecimiento dentro de la fórmula de equilibrio que se evidencia del pliego de condiciones y del contrato de concesión.

Como se verá adelante, para 1997 la situación del mercado no registraba aún los efectos de la disminución de la pauta publicitaria, de manera que no era razonable que el contratista asumiera que la CNTV tendría que bajar las tarifas.

En resumen, de acuerdo con la ecuación económica que se evidencia de las condiciones de adjudicación de la concesión, debe concluirse que el riesgo comercial estaba en cabeza del concesionario, de manera que debía soportar el efecto adverso si no lograba vender lo esperado para remontar los costos de la tarifa. A ello se agrega que el incremento de la competencia en el sector de televisión era un hecho previsible a partir de la vigencia de la Ley 182 de 1995. Como conclusión, se reitera que DFL no podía fundar un derecho al equilibrio en la variación a la baja de las tarifas, por cuanto el mayor o menor impacto de la competencia dependía de la gestión comercial del concesionario.

Finalmente, tal como se analizará en esta providencia, DFL registró la reducción de la pauta publicitaria en televisión correlacionada con el ingreso de los canales privados en 1999 y fue de ese año en adelante que la tarifa se redujo material y formalmente, pese a lo cual, DFL incurrió en el incumplimiento que ocasionó la declaración de caducidad del contrato.

**5.5. Análisis de las causas del desequilibrio económico alegadas en el caso concreto**

El apelante advierte que el Tribunal a quo no tuvo en cuenta la ruptura del equilibrio económico del contrato, por dos circunstancias a saber:

 *“(…) parte del desequilibrio, está dado entonces por no determinar las tarifas con base en los factores que señala la ley, y otra parte, por no reducirlas ante la presencia de hechos nuevos, sucedidos en ejecución del contrato, a pesar de habérsele solicitado oportunamente”.*

En la apelación se advirtió que, con fundamento en las declaraciones del director de la CNTV, quedó probado que la CNTV no realizó los estudios para modificar las tarifas que esa entidad cobró a los concesionarios de espacios de televisión.

Ahora bien, respecto de los estudios, lo que dispuso la Ley 182 de 1995 en su artículo 5, en relación con la función de establecer las tarifas, fue lo siguiente:

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

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

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

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

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

Sobre el particular, debe observarse que las tarifas de los concesionarios fueron adoptadas por diversos actos administrativos, conocidos y aceptadas por DFL. Por ello, en relación con los argumentos de la apelación, se hace notar que DFL no demandó las Resoluciones que adoptaron las distintas tarifas, de manera que no procede alegar en este proceso un desequilibrio contractual basado en las falencias de los referidos actos administrativos, puesto que, de haberse configurado un vicio por la falta de los estudios en los aspectos requeridos por la ley, esa circunstancia correspondería a una ilegalidad en los actos de fijación de tarifas, la cual, en su oportunidad, debió ser atacada por el concesionario mediante la acción de nulidad.

Por otra parte, resulta pertinente precisar que la circunstancia de que no hubiera estudios de mercado en relación con las proyecciones de la pauta publicitaria en televisión, no da derecho al reconocimiento del equilibrio contractual, puesto que las resoluciones vigentes de la CNTV indicaban un comportamiento gradual de ajuste de las tarifas[[38]](#footnote-38) y, por otra parte, el pliego de condiciones advertía de un ajuste mínimo del IPC.

Por ello, en la distribución implícita de riesgos que comportó el Contrato 102, para la fecha en que se suscribió, no cabía suponer una carga o deber de reducir la tarifas, dado que lo que resultaba razonable y ajustado a la normativa vigente era entender que el riesgo de disminución de la pauta publicitaria debía ser mitigado y asumido por cada concesionario[[39]](#footnote-39) y no necesariamente asumido por la CNTV mediante la baja de las tarifas.

Se insiste en que la CNTV había desplegado la función de fijar las tarifas mediante las Resoluciones 360 de 1996 y 18 de 1997 y que, partiendo de allí, lo que esa autoridad hizo para efectos de establecer las nuevas tarifas que se indicaron en la Licitación 001 de 1997 fue basarse en la cobertura geográfica del canal, el número de espacios de televisión materia de la adjudicación y los pagos promedio de los concesionarios que se encontraban en operación.

Por otro lado, se advierte que la supuesta falencia en los estudios no era un hecho nuevo que pudiera alegarse como causa del desequilibrio económico del contrato, puesto que existía desde la fijación inicial de tarifas.

También está demostrado que las tarifas fueron ajustadas solo una vez al inicio de 1999, con base en el incremento del IPC de 1998 y que en las resoluciones subsiguientes la CNTV modificó las categorías de los espacios de televisión, sobre las cuales se liquidaban las tarifas y, en varias oportunidades, flexibilizó los plazos para el pago, todo lo cual conllevó a una reducción del costo real por concepto de tarifas[[40]](#footnote-40).

**5.6. Ejecución del contrato**

El dictamen pericial practicado en este proceso aporta importantes apreciaciones acerca de la ecuación financiera del contrato, en términos de su ejecución, advirtiendo que el perito se basó en la información contable que le entregaron los contadores públicos de la empresa[[41]](#footnote-41) y que, por tanto, reflejaba la realidad económica que DFL reveló en su oportunidad.

Según el cuadro correspondiente al porcentaje de ingresos frente a los giros realizados a la CNTV, se puede apreciar que DFL no giró suma alguna en 1999, 2000, 2002 y 2003, esto es, durante el año previo a la solicitud de concordato y aún después, pese a que solo estaba facultado para suspender los pagos correspondientes a las acreencias anteriores a la solicitud de admisión al proceso concordatario.

Por ello, resulta cierto el argumento que expresó la CNTV en la excepción que denominó *“contrato no cumplido”,* puesto que no hubo una afectación real y material en las cargas del concesionario, toda vez que, según lo acredita la prueba tomada de la propia contabilidad del demandante, resulta un hecho cierto que, en los años citados, DFL utilizó el espectro electromagnético sin pago alguno.

Además, se observa que de acuerdo con lo pactado, el ajuste a la baja de las tarifas solo hubiera podido plantearse frente a lo contractualmente exigible si el comportamiento del indicador seleccionado como base, esto es, el IPC del año inmediatamente anterior, hubiera sido negativo, cosa que no sucedió.

Ahora bien, según el mismo cuadro elaborado por el perito, para los años en que hubo pagos, los ingresos totales superaron el valor girado así: en 1998 los ingresos fueron de $13.638 millones y los valores girados por tarifas ascendieron a $11.288 millones, *“quedando para ese año $2.251.7 millones de pesos”[[42]](#footnote-42)* en relación con el contrato ejecutado y, por su parte, en el año 2001 los ingresos fueron del $1.326 millones y los valores girados por tarifas ascendieron a $418 millones, también generando un superávit en la ejecución financiera de los conceptos objeto de la comparación.

Concluye la Sala que, entonces, con independencia de otros contratos, obligaciones y circunstancias económicas que llevaron a DFL al concordato y al no pago de las tarifas causadas después de la apertura del concordato, en este proceso no resultó probado que en el Contrato 102 de 1997 se hubiera sufrido efectivamente un desbalance respecto de la ecuación económica pactada. Tampoco existen elementos de juicio para concluir que el riesgo materializado en cabeza de DFL hubiera sido conjurado de haber ocurrido antes de la baja de tarifas.

**5.7. La supuesta negativa de la CNTV a ajustar las tarifas a la baja, a pesar de la recesión económica que afrontaba el país para el momento de la ejecución del Contrato 102 de 1997**

En el expediente reposan las siguientes pruebas, en relación con las tarifas para la concesión de espacios de televisión:

.- Resolución 360 del 27 de diciembre de 1996, expedida por la CNTV, mediante la cual se fijan las tarifas para la concesión de espacios de Televisión.

.- Resolución 018 de 16 de enero de 1997, por la cual la CNTV modifica las tarifas para la concesión y utilización de espacios de televisión que habían sido fijadas por la Resolución No. 360 de 1996[[43]](#footnote-43). En los considerandos de esta resolución se advierte que el ajuste de las tarifas sería gradual.

.- Resolución No. 168 de 1997 por la cual se ordena la apertura de la licitación pública No. 001 de 1997 para el otorgamiento de las concesiones de espacios de televisión en los Canales Nacionales de Operación Pública[[44]](#footnote-44). En el punto 2.3. del pliego de condiciones se indicaron las tarifas correspondientes, con advertencia de que las mismas tendrían un reajuste del IPC, sin perjuicio de otros factores que podría tener en cuenta la CNTV.

.- Resolución No. 174 de 1997 que modificó el artículo 6 de la Resolución No. 168 de1997[[45]](#footnote-45).

.- Resoluciones 519 de 27 de octubre de 1997, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 001 de 1997 para el otorgamiento de las concesiones de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública[[46]](#footnote-46) y la Resolución No. 523 de 31 de octubre de 1997 por la cual se modificó parcialmente la resolución de adjudicación[[47]](#footnote-47).

.- Resolución No. 673 de 23 de diciembre de 1997, por medio de la cual la CNTV fijó las tarifas para la concesión y utilización de espacios de televisión, para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1998[[48]](#footnote-48).

.- Resolución No. 115 de 1999, mediante la cual la CNTV fijó las tarifas para la concesión y utilización de espacios de Televisión[[49]](#footnote-49) para el año 1999.

.- Resolución No. 640 de mayo de 1999, por medio de la cual la CNTV resolvió una petición presentada por los concesionarios en orden a adoptar medidas en relación con el régimen tarifario y decidió unificar transitoriamente las tarifas de programas nacionales y extranjeros[[50]](#footnote-50). En los considerandos de esta resolución se indicó como una de las motivaciones, *“la reducción de venta en pauta publicitaria”.*

.- Resolución No. 1012 de 1999, por medio de la cual se prorrogó la vigencia de la Resolución No. 640 de 1999[[51]](#footnote-51).

.- Resolución No. 1013 de 1999 por la cual la CNTV estableció, en forma transitoria, una nueva clasificación de los espacios según su horario y franja de audiencia potencia[[52]](#footnote-52), la cual incidía en la tarifa aplicable.

.- Resolución No.130 de 2000, por medio de la cual se prorrogó la vigencia de la Resolución 1013 de 1999[[53]](#footnote-53).

.- Resolución. No. 144 de 2000, por la cual se prorrogó la vigencia de la Resolución 640 de 3 de mayo de 1999 y se subrogó la Resolución 1012 del 30 de septiembre de 1999[[54]](#footnote-54).

.- Resolución No. 553 de 2000 por la cual se prorrogó, nuevamente, la vigencia de la Resolución No. 640 de 3 mayo de 1999[[55]](#footnote-55).

.- Resolución No. 554 de 2000 por la cual se prorrogó la vigencia de la Resolución 1013 del 30 de septiembre de 1999[[56]](#footnote-56).

.- Resolución No. 724 de 2000, por la cual se adoptaron transitoriamente algunas tarifas[[57]](#footnote-57).

.- Resolución No. 823 de 2000, por la cual se prorrogó, de manera transitoria, la aplicación de las tarifas para la concesión de espacios de televisión contenidas en la Resolución No. 724 de 2000[[58]](#footnote-58).

.- Comunicación No. 47252 del 3 de marzo de 2000, remitida por la Secretaria General de la CNTV a DFL en la que le informó que mediante la Resolución 130 de 29 de febrero de 2000 se prorrogó la vigencia de la Resolución 103 de 30 de septiembre de 1999, concerniente a tarifas, hasta el 30 de junio de 2000[[59]](#footnote-59).

.- Comunicación 55690 del 23 de agosto de 2000, remitida por la Secretaria General de la CNTV a DFL, en la que le informó que con la Resolución 724 de 18 de agosto de 2000 se decidió la adopción de unas tarifas transitorias[[60]](#footnote-60).

Descendiendo al caso concreto, el dictamen pericial practicado en este proceso advirtió que el único ajuste de las tarifas pactadas fue el de 1999, correspondiente al incremento del IPC y que luego se tomaron medidas que, en términos reales, alivianaron los costos por concepto de tarifas, según observó el perito de la siguiente manera:

*“La evolución histórica muestra que, ese mismo año se redujeron las tarifas por debajo del IPC, y así se mantuvieron hasta finales de 2000, y a partir de entonces se hicieron dos nuevas reducciones, hasta finales de 2003”[[61]](#footnote-61).*

En relación con las tarifas, se debe reiterar lo apreciado por el Tribunal a quo, esto es, que fueron conocidas por el concesionario antes de la suscripción del contrato No. 102 de 1997, pues se encontraban debidamente estipuladas en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 1997, documento en el cual también se dejó consignado que se reajustarían anualmente en porcentaje no inferior al aumento del IPC certificado por el DANE.

Como conclusión, de las pruebas que reposan en el expediente no queda otra cosa que reafirmar que la CNTV resolvió las peticiones que le formularan en su momento los concesionarios, que en el periodo 2000 – 2001 sostuvo las tarifas sin ajustes, en sus reiteradas decisiones. Se agrega que a partir del año 2001, se produjo una modificación que conllevó una reducción efectiva de las tarifas, con apoyo en la Ley 680 de 2001.

**6. Nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato**

**6.1. Cláusula contractual acerca de la caducidad**

La potestad de declarar la caducidad del Contrato 102 de 1997 se estipuló en la cláusula décima séptima, que disponía en los siguientes términos:

*“LA COMISION podrá declarar la caducidad del contrato mediante acto administrativo motivado, lo dará por terminado y ordenará la liquidación en el estado en que se encuentre, si se presenta alguna de las siguientes causales:*

*“1.- Las previstas en el artículo 18 de la ley 80 de 1993.*

*“(…).*

*“7.- Que el monto de la deuda en mora del concesionario exceda el veinte por ciento (20) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato.*

*“(…).*

*“La declaración de caducidad se proferirá por resolución motivada del Director de la Comisión Nacional de Televisión, previa autorización de la Junta Directiva de la misma Comisión”.*

A petición de los concesionarios se modificaron algunas cláusulas de los contratos, entre ellas, la décimo séptima correspondiente a la caducidad y sus efectos, la que para el caso del Contrato 102 de 1997, fue reformada por el Otrosí No. 1 de 3 de mayo de 1999, así:

*“LA COMISION podrá declarar la caducidad del contrato de concesión, mediante acto administrativo motivado, cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por el CONCESIONARIO de las obligaciones de origen contractual o legal a su cago, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencia, a juicio de la COMISION, que tal incumplimiento puede conducir a la paralización del contrato.*

***“En todo caso, se entiende que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato, con posibilidad de conducir a la paralización del mismo, la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes eventos:***

*“ (…).*

*“****5.- La mora del CONCESIONARIO en el pago de las obligaciones pecuniarias a su cargo, cuando el valor de la cifra en mora exceda del veinte por ciento (20%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento o cuando la mora exceda de ciento ochenta (180) días.***

*“PARAGRAFO.- La declaratoria de caducidad se proferirá por resolución motivada del Director de la COMISION, previa autorización de la Junta Directiva de la misma COMISION y en dicha Resolución se ordenará hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”[[62]](#footnote-62)* (la negrilla no es del texto).

La Sala estima que la antecitada cláusula se encontró ajustada a derecho, teniendo en cuenta el marco legal de las potestades de la CNTV, basado en la Constitución Política y en la Ley 182 de 1995, de especial aplicación para el contrato sub lite.

Además, se advierte que la CNTV, en su particular condición de entidad concedente, reguladora del mercado y con potestad de reglamentar la ley, podía acudir a desarrollar en el pliego de condiciones los eventos en que se entenderían tipificados los requisitos de ley para declarar la caducidad, uno de los cuales fue la mora en el pago de la tarifa, en un porcentaje predeterminado, que se vino a calificar como causal de caducidad del contrato, entonces, dentro del marco de las potestades de la CNTV.

Finalmente, en este caso particular, se ha establecido que el incumplimiento material del pago de las tarifas, significó la paralización en la ejecución de una prestación esencial del contrato, que era la remuneración y no se comparte la apreciación de que como el concesionario seguía cumpliendo con la programación, no había afectación grave y directa sobre la “ejecución del contrato”.

**6.2. Potestades de la Comisión Nacional de Televisión**

La Sala considera que el numeral 7 de la cláusula décima séptima del Contrato 102 de 1997 se correspondió con el ejercicio de una potestad legal contenida en La ley 182 de 1995, tal como fue modificada por la Ley 344 de 1996, la cual, además, se aprecia como un desarrollo de poder sancionador atribuido a la CNTV, el cual resultaba pertinente para el contrato sub lite.

La conclusión expuesta se funda en la denominada Ley de Televisión y en las consideraciones que han realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acerca de las potestades de la CNTV, según se detalla a continuación.

La Ley 182 de 1995 se refirió a la facultad de imponer la caducidad del contrato y a la de definir las causales, por la vía del contrato, en varias normas, a saber:

*“Artículo 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:*

***“(…)***

*“k) Darán lugar a la caducidad del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria,* ***además de las causales establecidas en la ley, aquellas que las partes pacten en el correspondiente contrato****;*

*“(…).*

*“n) Sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. De acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión en el término de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, los infractores se harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso;*

*“(…).*

*“Artículo 49.**De las concesiones de espacios de televisión****. Los contratos de concesión de espacios de televisión*** *seguirán sometidos a las normas contenidas en la Ley 14 de 1991, en cuanto no sean contrarias a lo previsto en la presente Ley. Su adjudicación corresponderá a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, pero la misma podrá delegar su firma en el Director de la entidad.*

*“****Además de las causales de caducidad previstas en la ley****, darán lugar a la terminación del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, aquellas causales pactadas por las partes.”*

La última disposición citada se repitió a través de la Ley 344 de 1996, mediante la cual se definieron algunos parámetros para la adjudicación de las concesiones de espacios de televisión, así:

*“Ley 344 de 1996. Artículo 10. El artículo**49 de la Ley 182 de 1995 quedará así:*

*“Todos los contratos de concesión que se celebren a partir de la vigencia de la presente ley, serán adjudicados por las dos terceras partes de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y ésta podrá delegar su firma en el Director de la entidad.*

*“El término de duración de los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública, que se adjudiquen para programación general y para realización de noticieros a partir del 1º de enero de 1998, será de seis (6) años, de acuerdo con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión para el efecto.*

*“En todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables.*

*“****Además de las causales de caducidad previstas en la ley****, darán lugar a la terminación del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, aquellas causales pactadas por las partes”.* (la negrilla no es del texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C- 726 proferida el 14 de octubre de 2009 analizó la función prevista en el literal *e) de artículo 5 de la Ley 182 de 1995, referida a la potestad de la CNTV para “Reglamentar (…)****el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos****”.*En ejercicio de la acción constitucional que se reseña, el impugnante advirtió que: ***“****Tales sanciones consisten en multas, amonestaciones, suspensiones temporales o cancelación,* ***caducidad*** *o revocatoria de la concesión o la licencia, según lo prescriben los literales d) y n) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, y los artículos 12 y 53 ibídem”* (se resalta).

Pues bien, en la sentencia C-726/09 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la aludida disposición apoyada en el principio de legalidad flexible[[63]](#footnote-63) que permitió a la CNTV el desarrollo de la ley a través de la potestad reglamentaria, a la vez que se sustentó en el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control, con fundamento en lo cual se concluyó:

 *“Al parecer de la Corte, lo que hacen conjuntamente las dos disposiciones acusadas es conceder la autorización legal para que la Comisión, como ente autónomo dotado de potestad reglamentaria en materia sancionatoria contractual, ejerza dicha facultad* ***para  definir tanto las conductas constitutivas de falta, como las sanciones imponibles a los contratistas****, operadores y concesionarios, lo cual cae plenamente dentro del marco del principio de legalidad flexible o débil que domina la actividad de los entes administrativos o autónomos en el asuntos contractuales relacionados con la potestad sancionatoria pública”.*

*“En el caso concreto de la CNTV, las facultades sancionatorias que le son reconocidas son un desarrollo legal de las funciones de inspección, vigilancia y control que constitucionalmente le corresponden, en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 superior; pues, conforme a esta norma, la intervención en el espectro electromagnético utilizado para el servicio público de televisión debe ser llevada a cabo por dicho organismo.*

*“(…).*

*“Ahora bien, la Corte detecta que,* ***dentro facultades de regulación normativa*** *que el legislador le ha conferido a la CNTV, se encuentran algunas que se refieren concretamente a la reglamentación del régimen sancionatorio que ella aplica. Así, en el literal e) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, que es una de las norma parcialmente demandadas dentro de este proceso, el legislador le ha otorgado la competencia para “Reglamentar… el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos” (subrayas fuera del original). En similar sentido, el literal h) del artículo 12 de la misma ley, que también se demanda parcialmente en esta causa, hace alusión a las facultades reglamentarias de la CNTV en materia sancionatoria, al decir que dentro de las funciones de la  Junta Directiva de la entidad está aquella que consiste en “Sancionar…  por transgresión de las disposiciones legales****y******reglamentarias o de las de la Comisión****, relacionadas con el servicio”. Así pues, es claro para la Corte que el legislador le ha conferido a la CNTV potestades reglamentarias respecto del régimen sancionatorio que ella misma aplica.*

*“(…).*

*“Como puede observarse, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo [[64]](#footnote-64)ha definido que en materia contractual administrativa la laxitud del principio de legalidad, que preside el derecho punitivo del Estado, es aun mucho mayor que en la generalidad del derecho administrativo sancionador, pues en este terreno la tipicidad ha sido entendida como la simple necesidad de que la conducta sancionable esté definida por el ordenamiento jurídico o por el contrato, y no por la ley en sentido formal o material, siempre y cuando medie primero una autorización, ésta sí de rango legal, para el ejercicio de esta facultad normativa”.*

Se considera pertinente reiterar que el Contrato 102 de 1997 se encontró regulado por el artículo 49 de la Ley 182 de 1995, tal como fue modificado por la Ley 344 de 1996, normativa que dispuso: *“****“Además de las causales de caducidad previstas en la ley****, darán lugar a la terminación del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, aquellas causales pactadas por las partes”* (se resalta)*.*

Por otra parte, dentro de la legislación especial de la Ley 182 de 1995 debe destacarse la coexistencia del poder reglamentario y sancionador en cabeza de la CNTV, previsto, entre otras normas, en el artículo 12, que fijó las funciones de su Junta Directiva, así:

*“h) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o* ***por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio****.*

*“Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato.* ***Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio****”* (la negrilla no es del texto).

Por último, se reseña que tales facultades podían entenderse en el contexto del estatus particular que tuvo la CNTV al amparo de la Constitución Política, tal como lo expuso esta Subsección en detalle, en la siguiente forma:

 *“En desarrollo de los entonces vigentes artículos 76 y 77 de la Constitución Política, la Ley 182 consagró la naturaleza del servicio público de televisión[[65]](#footnote-65) y la creación de la Comisión Nacional de Televisión, la cual fue prevista como un organismo responsable de la dirección de la política pública en materia de televisión, dotado por dicha Ley de un amplio compendio de funciones que soportaron las siguientes potestades y/o facultades de la autoridad estatal, las cuales se concentraron en cabeza del citado organismo de creación constitucional:*

* *“Potestad reglamentaria de las normas legales.*
* *“Potestad regulatoria de la actividad.*
* *“Potestad de seguimiento, inspección, vigilancia y control.*
* *“Potestad sancionatoria.*
* *“Potestad de contratación estatal.*

*“Lo anterior se observa en las siguientes disposiciones de la Ley 182:*

*“5. (…):*

*‘e.* ***Reglamentar*** *el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio,* ***los contratos de concesión*** *de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley* ***y en los reglamentos****’.*

*“(…).*

*“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’.*

*“(…).*

*“h. Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias* ***o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio[[66]](#footnote-66)****’.*

*“(…).*

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

*“(…),*

*‘ñ. Cumplir las demás funciones que le correspondan como entidad de dirección, regulación y control**del servicio público de televisión”.*

* *“La* ***potestad reglamentaria*** *atribuida a la Comisión Nacional de Televisión**consistió en el poder de expedir la reglamentación de carácter general sobre la actividad de los prestadores del servicio de televisión, la cual se desarrolló mediante los denominados Acuerdos de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión[[67]](#footnote-67).*
* *“La* ***potestad regulatoria*** *consistió en el poder de fijar las reglas de la actividad, dentro de la cual se ubicó la función administrativa de fijación de derechos, tasas y tarifas “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.”[[68]](#footnote-68)*
* *“La* ***Potestad sancionatoria*** *consistió en el poder de imponer las sanciones fijadas en la ley a las entidades sometidas a su control, ante el incumplimiento de las normas jurídicas que regulan el servicio público de televisión.*
* *“La potestad de* ***inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión****, consistió en la función –que es a la vez una facultad y una responsabilidad- de obrar como ente investigador de la actividad vigilada en orden al seguimiento y control para la adecuada prestación del servicio.*

*“En este tipo de facultades la jurisprudencia ha reconocido la potestad de ordenar correctivos en el ejercicio de la actividad vigilada en el supuesto que la encuentre como no ajustada a la ley, cuestión que puede realizar a través de instrucciones generales o, en su caso, mediante actos administrativos de carácter particular y obligatorio, los cuales constituyen una expresión de la forma en que se concreta la potestad de “control” atribuida en la ley[[69]](#footnote-69)“.*

* *La* ***Potestad de Contratación****, la cual se rige por la Ley 80 de 1993 y las normas especiales dispuestas para ello, empezando por la Ley 182 de 1995 y las demás leyes establecidas en materia de televisión, dentro de las cuales se destaca la legislación relacionada con los contratos de concesión y las potestades especiales que otorgó en su momento el legislador en relación con las prórrogas y otras condiciones de los contratos vigentes, según quedó descrito en el recuento normativo aquí consignado”[[70]](#footnote-70)..*

**6.3. Debida motivación del acto que declaró la caducidad**

Con base en la cláusula décimo séptima, ya transcrita, la CNTV profirió la Resolución 1076 de 15 de noviembre de 2002, por la cual declaró la caducidad del contrato 102 de 1997. En ese acto administrativo se dejó consignado que *“el monto de las obligaciones en mora de DFL, …, supera el 20% del valor asegurado en la póliza de cumplimiento del contrato, y además excede en 180 días el valor en mora, situación que lo ubica en las causales de caducidad contempladas en el numeral 5º de la cláusula décima séptima del contrato 102 de 1997, modificada por el otro sí No. 1 de 3 de mayo de 1999*”.

Se corrobora la debida motivación, toda vez que el Contrato 102 de 1997 fue suscrito por un valor de $21.119´323.210, el valor asegurado era del 20%, esto es, $4.223´864.642 y el 20% de este valor correspondía a $844´722.928.

De conformidad con el estado de cuenta que soporta el acto de caducidad, que valga decir no fue desvirtuado por la parte demandante, para el 17 de octubre de 2002 DFL le adeudaba a la CNTV la suma de $1.407´631.853, la cual sobrepasaba el 20% del valor asegurado, con lo que se configuraba la causal de caducidad que fue acordada por las partes en el Contrato. 102 de 1997.

Por lo expuesto huelga concluir que no hay mérito para declarar la nulidad de la Resolución No. 1076 de 15 de noviembre de 2002, por la cual se declaró la caducidad del contrato de concesión de espacios de televisión No. 102 de 1997.

**6.4. El incumplimiento en el pago de las tarifas no se dio como consecuencia de causas atribuibles a la demandada**

Considera el apelante que la mora en que incurrió DFL ocurrió como consecuencia de situaciones ajenas a él, tales como las tarifas cobradas, la realidad económica del país, las fallas en las emisiones producidas por la implementación del plan maestro, lo cual lo puso en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones económicas y lo llevó a iniciar proceso concordatario.

Esta discusión fue suficientemente ventilada en la primera instancia, en cuya sentencia se dejó explicado que todas esas circunstancias se avizoraban o eran conocidas por el concesionario al momento de iniciar el proceso licitatorio y que, por lo mismo debió tenerlas en cuenta al momento de presentar su propuesta y le correspondió tomar las precauciones necesarias que le permitieran cumplir con sus obligaciones, apreciación que corresponde a lo expuesto en este proveído, cn base en lo demostrado en el plenario.

Tal como se ha expuesto en el análisis de las cifras de ejecución del contrato, es evidente que la identificación de las circunstancias adversas que llevaron al incumplimiento de DFL y a la paralización de los pagos correspondientes a créditos posconcordatarios, no se constituye en causal de nulidad del acto administrativo de caducidad contractual

**7.** **Legalidad de los actos de liquidación unilateral y de compensación**

En lo que tiene que ver con la liquidación unilateral del contrato la apelante aseguró que las sumas incluidas en esta no corresponden a lo realmente adeudado, porque: **i)** el acto administrativo que declaró la caducidad se encontraba viciado de nulidad y que como consecuencia de ello la cláusula penal no podía ser cobrada; **ii)** las tarifas no podían ser cobradas después de que comunicó su decisión de devolución de los espacios de televisión y, **iii**) las sumas reconocidas por la CNTV en cumplimiento a la orden dada por el Tribunal de Arbitramento no debieron ser compensadas en el acto de liquidación unilateral del contrato No. 102 de 1997.

**7.1.** Tal como se dejó explicado en esta providencia, el acto administrativo mediante el cual la CNTV declaró la caducidad del contrato no se encuentra viciado de nulidad.

En ese orden, dado que el argumento para despojar de sustento el cobro de la cláusula penal implementado en el acto de liquidación del contrato surge como una consecuencia de la prosperidad de la pretendida declaratoria de nulidad de la caducidad contractual, debe concluirse que no procede la pretensión.

Además de lo anterior, en cuanto al cobro de la cláusula penal, no puede olvidarse que de común acuerdo las partes acordaron en el parágrafo de la cláusula décima séptima del contrato, que en la declaratoria de caducidad se debía ordenar que se hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria.

**7.2**. La parte demandante considera que la liquidación no debió incluir las tarifas causadas con posterioridad al anuncio de devolución de los espacios de televisión.

Sobre el particular, resulta necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, normativa que facultaba a los concesionarios de los espacios de televisión a renunciar a la concesión que les había sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos, sin que por ello puedan exigir indemnización.

Ya la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de la norma enunciada explicó que el concesionario podía en cualquier momento, durante la ejecución de la concesión, hacer uso de la facultad de renunciar a la misma, lo que no le da *“derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público, así, la renuncia de un concesionario no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV”[[71]](#footnote-71).*

En el presente caso se encuentra probado que el 22 de noviembre de 2002[[72]](#footnote-72) fecha para la cual ya se había expedido la resolución contentiva de la declaratoria de caducidad del contrato, DFL radicó la comunicación informando la decisión de devolver los espacios de televisión adjudicados mediante el Contrato 102 de 1997.

El 16 de diciembre de esa misma anualidad, DFL[[73]](#footnote-73) le insistió a la entidad demandada que era su deber aceptar la devolución de los espacios de televisión y la CNTV[[74]](#footnote-74) le reiteró que desde el punto de vista legal, para hacer efectiva la devolución era un requisito estar al día con sus obligaciones contractuales.

En este tema resulta necesario dejar claro que aunque en las controversias estudiadas por el Tribunal de Arbitramento se ordenó no hacer efectivos los pagos desde el momento en que el concesionario manifestó su deseo de devolver los espacios de televisión, la situación de esos contratos era diferente, pues para el momento del anuncio se encontraban al día en sus acreencias económicas, mientras que en el presente caso, DFL se encontraba en mora, además de que la Resolución 1076 del 15 de noviembre de 2002, contentiva de la caducidad, ya se había expedido y se encontraba en curso para ser notificada.

Así las cosas, tampoco se encuentra llamada a proceder la solicitud de exclusión de cobro de las tarifas causadas durante el término que transcurrió entre el momento en que DFL manifestó su decisión de devolver los espacios de televisión adjudicados mediante el Contrato 102 de 1997 y cuando le fueron recibidos por la CNTV, dado que la terminación del contrato y la liquidación tuvieron su causa en la declaratoria de caducidad y no en la decisión de devolver los espacios.

**7.3.** Insiste el impugnante en que las sumas reconocidas por la CNTV, en cumplimiento a la orden dada por el Tribunal de Arbitramento, no debieron ser compensadas en el acto de liquidación unilateral del Contrato 102 de 1997.

Su argumento básico, en materia de la apelación, está ligado a que las tarifas no podían ser cobradas y por, ello, tampoco cabía el acto de compensación.

De manera congruente con lo expuesto en esta providencia, se tiene que concluir que el saldo a cargo de DFL era real y podía ser cobrado de acuerdo con lo que se determinó en el acto de liquidación del contrato. Por ello no sale avante el argumento del apelante.

Puede agregarse que obra en el expediente la copia auténtica de la escritura No. 1322 del 18 de mayo de 2004 corrida en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el laudo arbitral proferido como consecuencia de las diferencias suscitadas entre las partes en los contratos de concesión Nos. 155 de 1998 y 029 de 1999, mediante el cual se declaró el incumplimiento de la CNTV y ordenó la reliquidación de los contratos con base en las tarifas vigentes para la fecha de suscripción de los contratos[[75]](#footnote-75). Esa decisión tiene la fuerza material de una sentencia, de manera que con fundamento en ella se podía establecer el valor que CNTV le adeudaba a DFL.

Tal como se ha referido en precedencia, las mismas partes que conforman los extremos procesales del presente litigio, el 25 de octubre de 2000 se sometieron a un Tribunal de Arbitramento para dirimir la diferencias surgidas con ocasión de las controversias suscitadas entre DFL y CNTV, en los contratos de concesión de espacios de televisión Nos. 155 de 1998 y 029 de 1999. Como consecuencia, el 2 de agosto de 2002 la jurisdicción arbitral profirió el correspondiente laudo, cuya parte resolutiva, en lo pertinente, dispuso (se transcribe en forma literal, incluso con errores):

*“****Tercero:*** *No prosperan las pretensiones tercera y décima respecto de los Contratos No. 029 de 1999 y No. 155 de 1998, respectivamente, relativas al pago de perjuicios consistentes en el menor ingreso real percibido por DIEGO FERNANDO LONDOÑO. No obstante, habrá lugar al pago de perjuicios por la agravación de los daños causados por el incumplimiento. El monto de los mismos será el que resulte de la liquidación que debe realizarse en los términos de esta providencia.*

*“****Cuarto:*** *Prosperan las pretensiones cuarta y décimo primera relativas a los Contratos No. 029 de 1999 y 155 de 1998, respectivamente. Por lo tanto, habrá lugar a las devoluciones que resulten de las liquidaciones que deberán efectuarse en los términos y dentro del plazo que se señalan en la decisión séptima de esta providencia.*

*“****Quinto:*** *No prosperan las pretensiones relativas al reconocimiento de utilidades dejadas de percibir por DIEGO FERNANDO LONDOÑO, correspondientes a las pretensiones quinta respecto del Contrato No. 029 de 1999 y décimo segunda respecto del Contrato No. 166 de 1998.*

*“(…).*

 *“****Séptimo:*** *Como consecuencia de las declaraciones proferida respecto de las pretensiones principales primera y segunda relativas al Contrato No. 029 de 1999, así como de las pretensiones octava y novena relativas al Contrato No. 155 de 1998, se ordena a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION efectuar las liquidaciones solicitadas en las pretensiones séptima relativa al Contrato No. 029 de 1999 y la pretensión décimo cuarta relativa al Contrato No. 155 de 1998, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo, recalculando todos y cada uno de los cobros por tarifas que se produjeron desde el inicio de la ejecución de cada uno de los contratos, hasta el 1º de julio de 1999. Las liquidaciones deben efectuarse con base en las tarifas vigentes en la fecha de suscripción de cada uno de los contratos; es decir, deben tomarse los valores pagados y sustraer de éstos el valor que debería haberse pagado, si se hubieran aplicado las tarifas de los respectivos pliegos de condiciones. La suma que resulte de dicha operación debe restituirse a DIEGO FERNANDO LONDOÑO actualizada desde la última fecha mensual prevista en los pliegos para el pago oportuno y hasta la fecha en que, de acuerdo con la presente decisión, debe efectuarse la liquidación, aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.*

*“****Octavo:*** *La restitución de las sumas que conforme a las liquidaciones hayan sido pagadas en exceso por DIEGO FERNANDO LONDOÑO, debe efectuarse a éste, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del plazo establecido para realizar las respectivas liquidaciones. A partir de dicha fecha se causaron intereses moratorios, a la tasa establecida en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.…”.*

La CNTV dio cumplimiento a lo dispuesto en el fallo transcrito mediante la Resolución 671 de 29 de agosto de 2003[[76]](#footnote-76), en cuya parte resolutiva dispuso (se transcribe en forma literal, incluso con eventuales errores):

*“****ARTÍCULO PRIMERO:*** *.Dar cumplimiento al laudo arbitral proferido el 2 de agosto de 2002 por el Tribunal de Arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio de Bogotá, para dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la controversia contractual suscitada entre la Comisión Nacional de Televisión y DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, el cual se encuentra ejecutoriado una vez declarado infundado el recurso de anulación contra el mismo, mediante providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 6 de agosto de 2003.*

*“****ARTÍCULO SEGUNDO:*** *Como consecuencia de la decisión anterior reconocer y ordenar el pago a DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, -DFL Televisión- de la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS ($44.815.979), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.*

*“****ARTÍCULO TERCERO:*** *Por la existencia de acreencias a cargo de DIEGO FERNANDO LONDOÑO derivadas del contrato de concesión de espacios No. 102 de 1997 a favor de la Comisión Nacional de Televisión, ha operado la compensación de la suma indicada en el artículo segundo que antecede”.*

Inconforme con la anterior liquidación, DFL presentó recurso de reposición básicamente, por dos motivos: i) la liquidación que ordenó pagar el Tribunal de Arbitramento debe “*incluir el valor de los intereses moratorios (…)*” y, ii) **la compensación ordenada por la CNTV es ilegal, por existir un proceso concursal** (se resalta).

El recurso fue decidido mediante la Resolución No. 905 de 10 de diciembre de 2003[[77]](#footnote-77), acto administrativo en el que respecto del tema de la compensación sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

**7.3.1.** Que el crédito que surgió entre las partes de este proceso con ocasión de la decisión del Tribunal de Arbitramento fue posterior a la apertura del trámite concordatario.

**7.3.2.** Que al efectuarse la liquidación ordenada en el Laudo Arbitral se determinó la existencia de una suma a favor de DFL y a su vez este le adeuda a la CNTV por obligaciones posconcordatarias causadas en el contrato No. 102 de 1997, esto es, las partes son personal y recíprocamente deudoras y acreedoras entre ellas.

El apelante no presentó reparo en la procedencia de la figura jurídica de la compensación de obligaciones, dado que su ataque se concentró en tratar de desvirtuar las sumas adeudadas por concepto de tarifas, por cuanto no correspondían a las realmente exigibles, dada la supuesta falencia de los estudios y el desequilibrio económico que de allí pretendió derivar.

Por ello, en este proceso no se atacó lo considerado por la entidad demandada, para fundar la compensación de cuentas, en sede de la liquidación del contrato y, en esa medida, encontrándose que las tarifas sí eran realmente exigibles, no procede acceder a la nulidad solicitada.

Con fundamento en todo lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

**8. Costas del proceso**

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentenciaproferida el 8 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 2 al 23 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. En la demanda se comete un error: mediante la Resolución 1076 de 15 de noviembre de 2002 se declaró la **caducidad** del contrato 102 de 1997 (esta nota no es del texto original). [↑](#footnote-ref-2)
3. Se comete un error en la numeración. L anota no es del texto original. [↑](#footnote-ref-3)
4. Eb relación con los contratos 115/98 y 029/99. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 2 a 23 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 26 del cuaderno No.1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Anverso del folio 26 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 28 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 29 a 95 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 344 a 369 del cuaderno No. 7. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 375 del cuaderno No. 7. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 380 del cuaderno No. 7. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 382 a 414 del cuaderno No. 7. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 415 al 428 del cuaderno No. 7. [↑](#footnote-ref-14)
15. El Acto Legislativo No. 02 de 2011 derogó los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y dispuso que el Congreso debía expedir las normas mediante las cuales se definiera la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrían a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión, lo cual se hizo efectivo con la expedición de la Ley 1507 en el año 2012 que modificó las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, dio lugar a la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión, dispuso la creación de la Agencia Nacional de Televisión –ANTV- redistribuyó las competencias que tenía la Comisión Nacional de Televisión entre las distintas entidades del Estado, entre ellas, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- y la Agencia Nacional del Espectro –ANE- entidades que fueron creadas por la Ley 1341 de 2009, conocida como la Ley de Tecnología de Información y Comunicación o Ley de TIC. [↑](#footnote-ref-15)
16. *“*Artículo 12, (…). Parágrafo*. “Las decisiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión se adoptarán bajo la forma de acuerdos, si son de carácter general, y de resoluciones, si son de carácter particular. Sus actos y decisiones serán tramitados según las normas generales del procedimiento administrativo, siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 344 a 369 del cuaderno No. 7.

 [↑](#footnote-ref-17)
18. En el año 2005 el salario mínimo ascendía a trescientos ochenta y un mil quinientos pesos ($381.500). [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 41 a 49 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 52 a 76 del cuaderno No. 2 y 407 a 421 cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 87 a 96 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 97 a 120 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 121 a 127 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 128 a 142 de cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 13 de noviembre de 2013, expediente No. 31755, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ley 80 de 1993, artículo 32 -4 *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden*”. [↑](#footnote-ref-26)
27. *“Cabe precisar que la contratación para la concesión de canales de televisión privados se encuentra sometida a un régimen especial y, por lo tanto, de aplicación preferente.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2010, radicación: 11001-03-26-000-2010-0036-00 (38.924), actor: Jaime Omar Jaramillo Ayala, demandado: Comisión Nacional de Televisión, acción pública de nulidad con solicitud de suspensión provisional. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 12 de marzo de 2014, radicación 25000232600020030075101 (30289), actor: Galaxy de Colombia Ltda., demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción contractual. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ley 182 de 1995. “*Artículo 2o. Fines y Principios del Servicio. (…) Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios: (…)* ***f. El respeto a los valores de igualdad, consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política; g. La preeminencia del interés público sobre el privado;*** *h. La responsabilidad social de los medios de comunicación”* (la negrilla no es del texto).

“*Artículo 4o. Objeto. Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión (…) intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo,* ***la competencia*** *y la eficiencia en la prestación del servicio, y* ***evitar las prácticas monopolísticas*** *en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley”* *(la negrilla no es del texto).*

*“Artículo 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: (…).g) (…). Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán* ***iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes*** (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-29)
30. *“Artículo 1498 CC. 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”.* [↑](#footnote-ref-30)
31. Artículo 872 C.Co. [↑](#footnote-ref-31)
32. Vale la pena anotar que el desquilibrio económico puede presentarse en los contratos de colaboración, por ejemplo, cuando por factores exógenos se produce el agotamiento de los recursos comprometidos, produciendo un desbalance en contra de las parte que ejecuta las prestaciones en beneficio de la colectividad. [↑](#footnote-ref-32)
33. Es claro que también el Estado puede hacer valer a su favor el equilibrio económico del contrato. [↑](#footnote-ref-33)
34. “*El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y* ***iii)*** *factores exógenos a las partes del negocio, o ‘teoría de la imprevisión’, o ‘sujeciones materiales imprevistas’, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), actor: Carlos Arturo Campo, demandado: Emcali E.I.C.E., referencia: apelación sentencia - acción contractual. En relación con el “hecho del príncipe” véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 30 de enero de 2013, radicación: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020), actor: Sociedad Electro Atlántico Limitada, demandado: municipio de Sincelejo, referencia: apelación sentencia contractual. Veáse un recuento de la jurisprudencia sobre el desequilibrio económico y la referencia a la causa por defecto en la formación del precio, en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente ( e ) Hernán Andrade Rincón, radicación:68001231500019961131101 (34518), sentencia de 2 de julio de 2015, actor: Julio Antonio Rubiano Saldaña, demandado Empresa Colombiana de Petróleos “Ecopetrol”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2016, radicación 250002326000201201 (62161), actor: Unión Temporal Publiestadios, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDRD. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual [↑](#footnote-ref-36)
37. Aunque se trata de contratos diferentes, es bueno observar que la misma apreciación acerca de la ecuación económica del contrato se consideró por el Tribunal de Arbitramento que conoció de otras concesiones de espacios de televisión, entre las mismas partes. Las condenas en esos contratos se fundaron en la renuencia en aceptar el recibo de los canales que fueron devueltos. [↑](#footnote-ref-37)
38. La Resolución 18 de 1997 de la CNTV estableció:

*“Que teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo*[*5*](https://normograma.com/crc/docs/ley_0182_1995.htm#5)*o. literal g) de la Ley 182 de 1995, uno de los factores para la determinación de las tarifas es la participación en los beneficios que la misma proporción e a los concesionarios según el potencial de audiencia,* ***se hace necesario efectuar dicho reajuste en forma escalonada***” (la negrilla no es del texto) [↑](#footnote-ref-38)
39. Solo con la expedición de la Ley 680 de 2001 se autorizó a la Comisión Nacional de Televisión para la reestructuración en materia de *“rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión”,* para cuyo efecto se reiteró la viabilidad de la renuncia de los concesionarios vigentes, prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, frente a las nuevas tarifas.

En el artículo 6 de esa ley se introdujo la obligación de tener.en cuenta “*los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. En la Resolución 856 de 2001, que derogó la Resolución 1001 de 2000, la CNTV tuvo en cuenta los criterios internacionalmente aceptados para la clasificación horaria, definiendo las categoría en: día, tarde, prime y noche y fijó nuevas tarifas para ellos, las cuales eran más bajas que las que nominalmente se habían establecido en la Resoluciones 640 y 115 de 1999. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 155, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-41)
42. Dictámen pericial, folio 13, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 111 y 112 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 113 a 115 del cuaderno N. 3. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 116 y 117 del cuaderno N. 3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 1 a 59 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 181 a 200 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 209 y 210 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folios 229 y 230 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folios 231 y 232 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folios 233 a 235 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 236 a 240 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 241 a 243 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 244 y 245 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folios 296 y 297 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folios 298 y 299 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folios 300 y 301 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folios 306 y 307 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folio 148 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 152 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. Página 72 del dictamen pericial, cuaderno 4 [↑](#footnote-ref-61)
62. Folios 73 a 82 del Cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-62)
63. Concepto que prohijó con fundamento en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, Enrique Gil Botero. Sentencia de noviembre 13 de 2005. radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009). [↑](#footnote-ref-63)
64. La Corte Constitucional prohijó la tesis del principio de legalidad flexible, para efectos del poder sancionatorio en materia contractual, referida en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). [↑](#footnote-ref-64)
65. *“Artículo 1º. Naturaleza Jurídica, Técnica y Cultural de la Televisión. La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política”.* [↑](#footnote-ref-65)
66. Cita original de la sentencia: “La Corte Constitucional, en sentencia **C-726/09, reconoció la potestad sancionatoria de la CNTV.**

*‘Respecto del alcance de la autonomía de la CNTV, la Corte ha explicado que la lectura de los artículos 76 y 77 superiores indica que se trata de una atribución que le permite al organismo desarrollar libremente sus funciones, pero no implica una emancipación del ordenamiento jurídico, pues como ente ejecutor de la política estatal televisiva, la Comisión es un organismo integrado a la estructura administrativa del Estado que desempeña sus funciones sujeta a la voluntad de la Ley.  Así, a pesar de la amplitud de las facultades que le competen a este organismo en el desarrollo de la política de televisión, sus atribuciones se encuentran claramente delimitadas por la ley. A ésta le corresponde determinar la política del Estado en la materia y a la CNTV dirigirla.*

*‘(…).*

*‘Las facultades sancionatorias que le son reconocidas a la CNTV, son un desarrollo legal de las funciones de inspección, vigilancia y control que constitucionalmente le corresponden, y tienen  una justificación constitucional que radica en la necesidad de que, como órgano ejecutor de la política pública en materia de televisión, y dadas sus facultades de inspección, vigilancia y control en la materia, cuente con las herramientas jurídicas que le permitan hacer cumplir sus decisiones por parte de los particulares.* [↑](#footnote-ref-66)
67. Cita original de la sentencia: “*Ley 182 de 1995, Artículo 12, Parágrafo.*

*‘Las decisiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión se adoptarán bajo la forma de acuerdos, si son de carácter general, y de resoluciones, si son de carácter particular. Sus actos y decisiones serán tramitados según las normas generales del procedimiento administrativo, siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad. Con los mismos deberá garantizarse a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión regional, el ejercicio de la competencia en términos y condiciones de igualdad.*

*‘En los estatutos se determinarán los actos que para su aprobación requieran del voto favorable de la mayoría cualificada de sus miembros’.”* [↑](#footnote-ref-67)
68. Cita original de la sentencia: “*El Consejo de Estado denegó la nulidad del Acuerdo 49 de 1998, por el cual se reglamentó el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión por Suscripción, oportunidad en la cual la Sección Tercera coincidió en reconocer las facultades para expedir este tipo de reglamento, si bien la providencia fue objeto de varias aclaraciones. En la sentencia se realizó el siguiente razonamiento, acerca de la distribución constitucional de competencias:*

*“****a).*** *La Comisión Nacional de Televisión no expide reglamentos constitucionales autónomos, como quiera que, por virtud de lo normado en el artículo 77 constitucional,* ***la política en materia de televisión debe ser fijada por el legislador*** *y es precisamente dicha política cuya dirección concierne llevar a cabo a la CNTV,* ***por manera que este órgano autónomo e independiente despliega sus actividades de dirección y regulatorias atendiendo a los parámetros y criterios generales que señala la ley,*** *no en desarrollo directo de la Constitución Política. Sin embargo, lo dicho no quiere significar que los reglamentos expedidos por la CNTV mantengan con la ley una relación regida exclusivamente por el criterio jerárquico, pues, como igualmente se explicó, las leyes que puede expedir el Congreso en relación con la televisión, por ministerio del citado artículo 77 constitucional, deben limitarse a ‘****determinar la política’*** *estatal en la materia, esto es a formular los criterios generales, objetivos y parámetros correspondientes,* ***quedando deferida la regulación ulterior a tenor de lo dispuesto por el pluricitado artículo 77 de la Carta, a la CNTV’.***Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, agosto 14 de 2008, radicación No 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230), actor: Javier Obdulio Martínez Bossa, demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia, acción pública de nulidad” (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-68)
69. Cita original de la sentencia:”Sentencia C-570/12.*Las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control (…)”.* [↑](#footnote-ref-69)
70. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 12 de marzo de 2014, radicación 25000232600020030075101 (30289), actor: Galaxy de Colombia Ltda., demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción contractual. [↑](#footnote-ref-70)
71. Sentencia C-200/98. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folios 164 a 167 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folios 172 a 175 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folios 177 y 178 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folios 455 a 482 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-75)
76. Folios Nos. 121 a 127 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-76)
77. Folios 128 a 142 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-77)