CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 250002326000201201106 01 (46843)
Actor: Ingeniería Electrónica Telecomunicaciones - INGELCOM LTDA.
Demandados: Comisión Nacional de Televisión.
Asunto: Acción Contractual.

Contenido: Nulidad del acto administrativo que ordena pagar reajustes en la compensación de la concesión del servicio de televisión por suscripción- Rechazo de la pretensión de restablecimiento del derecho por cambio del petitum en el recurso de apelación. Alcance de la acción relativa a controversias contractuales- El espectro electromagnético- Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión- El contrato estatal de concesión- El contrato de concesión de servicios públicos- El contrato de concesión del servicio público de televisión- El principio de buena fe contractual- La interpretación, calificación e integración de los contratos- Las reglas de interpretación de los contratos.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada[1], y de apelación adhesiva propuesto por la parte demandante[2], contra la sentencia del 23 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que resolvió:

> *"**PRIMERO: Declarar no probadas** las excepciones propuestas por La Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: Declarar** la nulidad de las resoluciones No. 347 del 21 de abril del año 2006, mediante la cual se ajustó unas autoliquidaciones del contrato No. 181 de 1999 y se ordenó su pago; No. 291 del 17 de abril del año 2007 por la cual confirmó la resolución anterior, según los motivos expuestos en esta providencia. (…)*
>
> *(…) **CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda."*

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

[1] Fls. 247 – 302 del C.P
[2] Fls. 378 – 380 del C.P

El 1º de septiembre de 2007[3], la **Empresa Ingeniería Electrónica Telecomunicaciones - INGELCOM LTDA.**, presentó demanda contra la **Comisión Nacional de Televisión**, para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

Principales:

1.1. – Que se declare la caducidad de la acción y por ende la nulidad de la resolución No. 347 de 2006.

1.2. – Que se declare la nulidad de la resolución No. 291 del 17 de abril de 2007, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto.

1.3.- Que se declare que INGELCOM LTDA. no adeuda a la Comisión Nacional de Televisión ninguna suma de dinero por concepto de lo previsto en las resoluciones requeridas en nulidad dentro del libelo demandatorio.

1.4.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante no adeuda los intereses cobrados por la CNTV.

Subsidiarias:

1.5.- En el caso que se llegare a probar que la parte demandante debe una suma de dinero a la CNTV, que se declare que INGELCOM LTDA solo debe los intereses hasta el año 2003, y no hasta 2006.

Solicitud Previa:

1.6.- Exhorta la parte demandante, que se ordene la suspensión de la ejecutoria de las resoluciones objeto de valoración en la demanda.

2. Fundamentos Fácticos.

[3] Fl. 1-10 del C.P

Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El 14 de diciembre de 1999, INGELCOM Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones, suscribió contrato de concesión No. 181-99, para la operación y explotación del servicio de televisión por suscripción en la ciudad de Cúcuta, por un término de 10 años prorrogable por un tiempo igual. La parte demandante se obligó a pagar como compensación por dicha explotación directamente a la Comisión Nacional de Televisión el 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la explotación exclusiva del servicio concesionado en el contrato, así como el 10% de los ingresos brutos mensuales percibidos por concepto de pauta publicitaria.

Se afirma también en el libelo que esta forma de compensación estaba prevista en el acuerdo 014 de 1997; sin embargo, se sostiene, que este acuerdo fue modificado, entre otros por el acuerdo 003 de 2001, 003 de 2003 y 003 de 2005; modificación que, en cuanto atañe al tema planteado en la demanda, consistía en que, a propósito de la forma del pago de la compensación a la Comisión Nacional de Televisión por la concesión del servicio de televisión por cable, el 10 porciento fue dirigido de manera exclusiva a los ingresos brutos mensuales percibidos por concepto de la prestación “de estos servicios”; y no de “este servicio”, como lo establecía el acuerdo 014 de 1997.

En el año 2003, la Comisión Nacional de Televisión suscribió el contrato No. 096 del mismo año, con la empresa Jahv Mcgregor Ltda., cuyo objeto era realizar una auditoría a los concesionarios de televisión por suscripción. Proceso del que fue objeto INGELCOM LTDA en el año 2004, y en el que la empresa auditora, a juicio del demandante, al realizar la auditoría contable, para efectos de verificar los pagos por compensación del servicio de televisión por suscripción, incluyó la totalidad de los ingresos y por todos los conceptos sin excluir aquellos provenientes de otras actividades; sin tener en cuenta que la empresa demandante tiene un objeto social amplio y su actividad comercial no se circunscribe a la prestación del servicio de televisión por suscripción. Se sostiene en la demanda que la empresa auditora entregó informes el 19 de marzo, 19 de abril, 18 y 22 de junio, y 13 de julio de 2004, sin aportar prueba alguna que demostrara la falta de cumplimiento en la obligación de pagar la compensación.

Con base en dichos informes, la Comisión Nacional de Televisión expidió factura No. 15555 del 31 de enero de 2006, en la cual, como consecuencia de la reliquidación del periodo comprendido entre el 1 de enero del 2000 y el 30 de septiembre de 2003, se le cobró a

INGELCOM LTDA, la suma de $382.777.349.oo; y a título de intereses moratorios, comprendidos entre el 1 de enero del 2000 y el 31 de enero de 2006, la entidad demandada dispuso el pago de $408.536.003.oo, para un total de Setecientos Noventa y Un Millones Trescientos Trece Mil Trescientos Cincuenta y Dos Pesos ($791.313.352.oo), los cuales fueron plasmados en la resolución No. 347 del 21 de abril de 2007, la que, luego de ser recurrida por la parte demandante, fue confirmada en su integridad mediante resolución 291 del 17 de abril de 2007.

3. Concepto de la violación.

La parte actora invoca como fundamentos de derecho los artículos 38 y 62 del Código Contencioso Administrativo; 123 de la Constitución Política, 1618 del Código Civil y la a Ley 80 de 1993.

Como argumentos de la violación expuso los siguientes:

A. **Caducidad de la acción.**

La parte demandante señala que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, caduca a los 3 años de haberse producido el acto que pueda originarla. En virtud de lo anterior, advierte el apoderado de INGECOL LTDA, operó dicha caducidad, en el entendido que la investigación inició en el año 2004 y culminó en el año 2006; y que los hechos que fundamentaron dicho procedimiento se presentaron desde el 1 de enero del año 2000 hasta el 30 de septiembre del año 2003.

B. **Incompetencia por la expedición del acto administrativo por funcionario no competente.**

Al respecto, precisa el demandante que los informes de auditoría no son actos administrativos, comoquiera que por la naturaleza del proceso de auditoría al que fue sometido la empresa actora, éste es equivalente a una inspección administrativa, y como tal, los informes que se produjeron en desarrollo de la misma, debían estar firmados por un funcionario investido de la potestad para producirlo. En ese orden de ideas, la parte demandante asegura que, al no

haberse investido de facultades transitorias o haber expedido un acuerdo en el cual se establecieran dichas prerrogativas, tal y como lo dispone la Constitución Política en su artículo 123, por parte de la CNTV a la empresa auditora, el acto administrativo debe entenderse como nulo toda vez que se encuentra viciado al haberse librado por quien que no tiene la facultad para proferirlo.

C. Violación del debido proceso y al derecho de defensa.

Sobre el particular, la parte demandante hace referencia a que la vulneración del debido proceso se presentó cuando la empresa encargada de realizar la auditoria tomó indiscriminadamente valores externos a los ingresos brutos percibidos por la prestación del servicio de televisión, como aquellos provenientes de las importaciones de materiales realizadas por INGELCOM LTDA., para vender a otras empresas; circunstancia que modificó de manera drástica la liquidación, toda vez que, el demandante no discute la fórmula mediante la cual se liquidan las compensaciones, sino las sumas que sirven como base para la misma. Lo anterior adquiere más relevancia comoquiera que en el contrato, la empresa demandante en ningún momento se obligó a pagar valores distintos a los provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión.

D. Inexistencia de prueba sumaria.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante indica que a lo largo de todo el procedimiento de auditoría y posterior sanción administrativa, no existe prueba siquiera sumaria que soporte lo presentado en los informes de auditoría por parte de la empresa Mc Gregor. Como consecuencia de lo anterior, a criterio de la parte demandante, la reliquidación realizada por parte de la CNTV solamente se dirigió a informar que se habían encontrado irregularidades en el pago de las compensaciones, pero en momento alguno se le presentaron a INGELCOM LTDA, pruebas de dicha irregularidad, y más aun, como consecuencia de lo anterior la actora no tuvo la posibilidad de controvertir dicha aseveración decretada por la administración.

4. El trámite procesal

4.1- Admitida la demanda y notificada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista. La entidad demandada no contestó demanda, sin embargo, el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión, presentó solicitud de nulidad procesal basándose en dos causales a

saber, i) en primer lugar, expresó que al haber mutado la acción impetrada de una de nulidad simple a una de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza contractual, con fundamento en el reglamento interno del Consejo de Estado, ese tipo de procesos son de competencia de la Sección Tercera tanto de los Tribunales como de la Corporación; y, comoquiera que el proceso se adelantaba ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo procedente sería declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto proferido el 25 de octubre de 2007.

ii) En segundo lugar, pretende la parte demandada que se declare la nulidad por haberse incurrido en una irregularidad del tramite secretarial, con fundamento en la forma que la secretaría del Tribunal realizó la fijación en lista del *sub lite;* pues en la misma no se menciona quién es la parte demandada, lo que imposibilitó la contestación de la demanda, solicitud de pruebas, y proposición de excepciones por parte de la demandada. El Tribunal negó dichas solicitudes. No obstante, con posterioridad, la Sala de Descongestión de la Sección Primera del mismo Tribunal ordenó remitir el expediente para que fuese fallado por la Sección Tercera de dicho Tribunal.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 23 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, declaró la nulidad de las resoluciones No. 347 del 21 de abril de 2006 y No. 291 del 17 de abril de 2007. A su vez, negó las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

- En primer lugar, señaló que no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo al *sub judice*, pues lo pretendido por el actor es propugnar por que se aplique una norma, que si bien regula lo concerniente a la aplicación de sanciones a particulares por parte de la administración, no se debe olvidar que la sanción en el caso concreto proviene de la ejecución de un contrato estatal; y en razón a lo anterior la Ley prevé mecanismos especiales para solucionar dicha circunstancia. De tal manera, el Tribunal señala que las sanciones impuestas al contratista se deberán efectuar dentro del término de ejecución

del contrato, y en virtud de que la vigencia del contrato en el caso concreto llegaba hasta el año 2009; las sanciones proferidas en contra de la parte demandante se hicieron dentro del plazo permitido.

- En referencia a la falta de competencia por parte de quien expidió el acto administrativo, el *a-quo* señala que en virtud del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 la CNTV tiene la facultad para inspeccionar y verificar el cabal cumplimiento de las obligaciones por parte de los concesionarios. Además de lo anterior, el juez de primera instancia señala que a su vez la labor de auditoría efectuada por parte de la empresa contratada por la entidad demandada, fue realizada con sujeción a las normas legales que regulan la contabilidad y la auditoría.

- Finalmente, el Tribunal señala que le asiste razón a la parte demandante frente a la violación del debido proceso por la empresa que realizó la auditoria del contrato N° 188 de 1999, bajo el entendido que el proceso para liquidar los valores de la compensación por la prestación del servicio de televisión, estaba plasmado no solo en el contrato sino que a su vez se encontraban en el artículo 2 del acuerdo número 014 de 1997; dichos valores se circunscriben a aquellos directamente derivados de la suscripción y afiliación de usuarios al servicio público de televisión, entre los cuales se encuentran: "*pagos por afiliaciones, derivaciones, traslados, reinstalaciones, reconexiones, publicidad, servicio técnico, cargo básico, programas especiales, pago por evento, arriendo o venta de decodificadores, cobros periódicos o sucesivos asociados con el servicio, y en general, la totalidad de los valores que el suscriptor cancele al concesionario, relacionados con la prestación del servicio de televisión".* De lo anterior, el *a-quo* determina que al haberse incluido en la base para la liquidación de las compensaciones por parte de la firma auditora, valores de diversas actividades comerciales desarrolladas por la empresa demandante, vulneró lo plasmado en el acuerdo 014 de 1997 expedido por la CNTV, con lo cual los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos.

En síntesis, el *a-quo* declaró la nulidad de las Resoluciones No. 347 del 21 de abril de 2006 y 291 del 17 de abril de 2007, mediante las cuales se ajustaron unas autoliquidaciones del contrato 181 de 1999 y se ordenó su pago. Respecto del restablecimiento del derecho, se pronunció en el sentido de que al no observarse solicitud expresa por parte del demandante como restablecimiento del derecho o solicitando la devolución de algún monto en dinero, no otorgó reconocimiento alguno por tal aspecto.

Uno de los magistrados integrantes de la Sala salvó el voto, pues, a su juicio, el acuerdo 003 de 2001 cambió las tarifas para el pago de la compensación previstas en el acuerdo 014 de 1997; sostiene además, que la noción de ingreso bruto, se debe regular con base en lo dispuesto por el Decreto 2649 de 1993 que reglamenta la contabilidad en general y dispone qué debe entenderse por ingresos brutos y por el Decreto 1972 de 2003, que especificamente reguló lo que debía entenderse por tal noción en el contexto del contrato concesión del servicio de telecomunicaciones y estableció el régimen unificado de contraprestaciones en esta materia.

III. LOS RECURSOS

El 11 de febrero de 2013, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación[4] en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para lo anterior argumentó:

i) En primer lugar, hace referencia al concepto de ingreso bruto, y sobre el mismo menciona que está conformado por aquellos ingresos causados por concepto de la prestación del servicio de televisión por suscripción a favor del favor del concesionario, lo anterior en virtud del clausulado del contrato 181 de 1999 y en concordancia con el artículo 36 del acuerdo 014 de 1997. Con fundamento en lo anterior, aseguró el recurrente que el pago de la compensación se circunscribía al 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción.

ii) Luego, el recurrente en el recurso de alzada, menciona que en virtud de la facultad otorgada a la CNTV por el artículo 5 de la ley 182 de 1995 dispuso realizar una auditoría a través del contrato 096 de 2003, y que la misma se encausó conforme a la normatividad que en materia contable aplica para los ingresos brutos en Colombia y que sirvieron de base para determinar el monto de las obligaciones a cargo de las concesionarias. Que como consecuencia de dicha labor, la empresa auditora encontró "*que el concesionario no presentó evidencia de los comprobantes contables que soportan los movimientos debito de la cuenta de ingreso incumpliendo lo establecido en el decreto reglamentario 2649/93 sobre comprobantes de contabilidad"* y en adición a lo anterior también determinó en su informe que *"observamos que el concesionario no incluyó la totalidad de los ingresos brutos base de liquidación, es decir, los*

[4] Fls. 247 – 302 del C.P

valores que percibe el operador por la prestación del servicio televisión por suscripción y los inherentes al mismo, incumpliendo las condiciones establecidas en el contrato de concesión". Finalmente asegura la entidad demandada que la firma auditora constató que el concesionario no incluyó en la base de liquidación conceptos entre los cuales se encuentran: afiliación, instalación, reconexión, traslados, derivaciones, servicio técnico, cargo básico, y en general, la totalidad de los valores que el suscriptor cancele al concesionario, relacionados con la prestación del servicio de televisión.

Como consecuencia de lo anterior, el recurrente asegura que los actos administrativos demandados, son afines a lo dispuesto en el Estatuto Tributario en lo que tiene que ver con la base gravable del servicio de televisión satelital; así como también están acorde con el artículo 7 de la Ley 43 de 1999, los artículos 38, 47, 117 y 124 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993 y el Decreto 2650 de 1993. De lo anterior, indica el apelante, se demuestra que todas las actuaciones desarrolladas tanto por parte de la firma auditora como de la CNTV fueron conforme acuerdo a la Ley y como consecuencia de ello solicita revocar la sentencia de primera instancia.

De otro lado, el apoderado judicial de la parte demandante, mediante escrito de 8 de julio de 2013 presentó recurso de apelación adhesiva[5] en contra la decisión de primera instancia, en el cual solicitó se revocara el punto cuarto de la parte resolutiva del fallo. Para lo anterior argumentó:

i) El recurrente indica que, si bien no se solicitó como restablecimiento del derecho la devolución de las sumas de dinero, comoquiera que al momento de iniciar el proceso judicial dichas sumas no se habían cancelado; indica que a lo largo de los años se ha ido cobrando dicha suma de dinero, a partir de un hecho sobreviniente como lo es la negación de la prórroga del contrato por parte de la CNTV, y a su vez el constreñimiento que, a juicio del apoderado de la parte demandante, dicha entidad ha ejercido sobre la parte actora imponiendo la condición de hipotecar un bien sin límite de cuantía a cambio de que se dé la prórroga de la relación contractual, lo cual es inconmensurable comoquiera que el contrato ya tenía unas pólizas que garantizaban cualquier eventualidad.

[5] Fls. 378 – 380 del C.P

ii) Que para la fecha de presentación del escrito, asegura el apelante la empresa INGELCOM LTDA ha cancelado en cumplimiento de los actos administrativos demandados una suma aproximada de 1.200.000.000.oo, producto de un acuerdo de pago realizado en el año 2012.

Concedido el término a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos de conclusión y rendir concepto de fondo, respectivamente; las partes presentaron sendos escritos de alegatos y el Ministerio Público guardó silencio.

Conjuntamente con los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, y apelante adhesiva, se presentaron diversos documentos como soporte de los argumentos de su recurso, de estos documentos y de otros presentados el 1 de octubre de 2013, se corrió traslado mediante providencia del 20 de enero de 2014; frente a este traslado la parte demandada guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones, (2) el espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información, (3) naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión, (4) el contrato estatal de concesión, (5) el contrato de concesión de servicios públicos, (6) el contrato de concesión del servicio público de televisión, (7) el principio de la buena fé contractual, (8) la interpretación, calificación e integración de los contratos, (9) las reglas de interpretación de los contratos, (10) el caso concreto.

1.- Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.

1.1.- La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que

cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

> "…Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación[6].
> Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:
>
> ... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.
>
> Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.
>
> En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.
>
> Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes

[6]No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que "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 administrativa". La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado[7], sino que (…) se abría paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa[8]. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas "acciones relativas a contratos", esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo "De las controversias contractuales", queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993

---

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: "Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75". El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

[8] RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.

> en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general."[9]

1.2.- Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual[10].

2.- El espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información.

2.1.- La Corte Constitucional ha definido al espectro electromagnético como "una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales."[11]. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

2.2.- Por tal razón es que algunos medios de comunicación necesariamente requieren servirse del espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de su

---

[9] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

[10] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

[11] Corte Constitucional, sentencia T-081 de 1993.

información, razón por la cual conviene verificar los criterios convencionales y constitucionales relacionados con la competencia de intervención del Estado en dicho bien público a través de la Ley.

2.3.- Así, se verifica que el artículo 75 de la Constitución Política establece que "El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que **fije la ley**. Para garantizar el pluralismo y la competencia, el Estado intervendrá por **mandato de la ley** para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético" (Resaltado propio). Sobre ello, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, ha considerado que el acceso al espectro electromagnético *"debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización."*[12] Y ello encuentra plena justificación por cuanto en el marco jurídico de la libertad de expresión se impone al Estado el deber de promover el pluralismo informativo y la no concentración o monopolización de los medios de comunicación[13-14], en aras de garantizar la diversidad y el equilibrio informativo y expresivo, todo dentro del marco establecido por el legislador y no por la administración unilateralmente.

2.4.- Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las finalidades de la intervención del Estado, a través de la Ley, en el espectro electromagnético hacen relación con la preservación de la finalidad social de los medios de comunicación audiovisuales, el uso

---

[12] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.
[13] "Según esta Corporación, el inciso 2 del citado artículo 75 de la Constitución establece expresamente que en el acceso al uso de dicho bien público se garantizará el pluralismo informativo y la competencia mediante la intervención del Estado en aras de evitar las prácticas monopolísticas." Ibíd.
[14] "1ª Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Art. 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo.

2ª El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.

3ª El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley.". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 5 de mayo de 1998, exp. S-719.

técnicamente adecuado del espectro, la igualdad de oportunidades en su acceso y evitar la conformación de monopolios[15].

2.5.- En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 34 precisó que *"Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión (…). Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios"*[16]; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en que *"los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia"*[17], criterio éste que se ajusta a la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al elemento de necesidad estricta en el marco una sociedad democrática.

2.6.- De hecho, la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado el deber de los Estados de garantizar el pluralismo del espectro de ideas, visiones o posturas informativas o de opinión siendo ello un elemento a ser tenido en cuenta para los procesos de otorgamiento o renovación de concesiones o licencias de radiodifusión. Sobre tales cuestiones se pronunció la Corte en el Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) Vs Venezuela, fallo de 22 de junio de 2015, en los siguientes términos:

> "170. (…) Este Tribunal estima que, dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión. La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en

[15] "De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones." Corte Constitucional, sentencia T-151 de 2004.

[16] NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 34. Artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general el 12 de septiembre de 2011, p. 9.

[17] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la libertad de expresión. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. 2010, p. 20.

cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión. En este sentido, el Tribunal considera que los límites o restricciones que se deriven de la normatividad relacionada con la radiodifusión deben tener en cuenta la garantía del pluralismo de medios dada su importancia para el funcionamiento de una sociedad democrática[18].

171. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, la Corte recalca la necesidad de que los Estados regulen de manera clara y precisa los procesos que versen sobre el otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, mediante criterios objetivos que eviten la arbitrariedad. Específicamente, es preciso que se establezcan las salvaguardas o garantías generales de debido proceso, que cada Estado[19] determine como necesarias en estos procesos a la luz de la Convención Americana, con la finalidad de evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas."[20]

2.7.- En este orden de ideas, tiene claro la Sala que la administración del espectro electromagnético por parte del Estado, en tanto bien público, impone la aplicación de criterios estrictamente necesarios, claros, objetivos y expresamente establecidos en la ley de modo tal que se garantice, de manera real, la posibilidad a los interesados de acceder a su uso o concesión en ejercicio de su derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

3. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión[21].

3.1.- La Comisión Nacional de Televisión fue uno de los organismos autónomos establecidos en la Constitución Política de 1991[22]. De conformidad con los artículos 76 y 77 de la Constitución,

---

[18] Al respecto, el Tribunal Europeo en el *Caso United Christian Broadcasters Ltd Vs. Reino Unido* -en el cual se rechazó el otorgamiento de una licencia de transmisión como consecuencia de que la compañía tenía una programación únicamente religiosa- estableció que el objetivo de proteger los derechos ajenos fue asociado a la protección de la diversidad y el pluralismo, ya que el Estado buscaba garantizar que el espectro limitado, disponible para las radiodifusoras nacionales, fuera distribuido de tal forma que satisficiera tantos oyentes como fuera posible y evitar la preponderancia de una sola voz religiosa, poniendo en desventaja otras. En esa oportunidad, la Tribunal Europeo resaltó que tal argumento era aplicable tanto a organizaciones religiosas como a organizaciones de carácter político. TEDH, Caso United Christian Broadcasters Ltd Vs. Reino Unido, Decisión de admisibilidad, (No. 44802/98), Sentencia de 7 de noviembre de 2000.

[19] Respecto al desarrollo que habría tenido el derecho comparado sobre cuáles serían las posibles garantías mínimas en procesos para otorgar o renovar una concesión en materia de telecomunicaciones, el Tribunal preguntó a las partes y a la Comisión Interamericana sobre ejemplos en legislaciones internas que permitieran hacer un análisis al respecto. Sin embargo, la información brindada por las partes y la Comisión no permite identificar criterios o características generales que se repitan en la región, por cuanto fueron pocos los países de los que se hizo referencia expresa. Se hizo referencia a Alemania, Australia, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, México, Reino Unido, Sudáfrica y Uruguay.

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015. Del mismo fallo véase el parágrafo 244.

[21] Al respecto consultar sentencias de 9 de mayo de 2011, Exp. 31.571 M.P. Jaime Orando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de 2012, Exp. 38.954, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[22] La Comisión Nacional de Televisión desapareció del ordenamiento constitucional con el Acto Legislativo 02 de 2011 cuyo artículo 1º dispuso la derogación del artículo 76 de la Constitución Política. Sin embargo, dada la fecha de ocurrencia de los hechos que motivan el *sub judice* se encuentra que para tal época la Comisión se encontraba en pleno ejercicio de las facultades constitucionales y legales pertinentes.

dicho organismo es de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio y está encargado de "*la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley*". Asimismo, se señaló que la dirección y ejecución de sus funciones estaría a cargo de una Junta Directiva cuya composición y periodo fue expresamente regulado.

3.2.- Así las cosas, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la Comisión Nacional de Televisión fue creada por el constituyente como un ente "*encargado de ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y para desarrollar los planes y programas del Estado en materia de televisión*."[23]

3.3.- Por su parte, la autonomía que se predica de la Comisión Nacional de Televisión es, sin lugar a duda, su característica definitoria. Así, si bien dicho organismo está sujeto a la Constitución y a la ley, tal autonomía se manifiesta en que no está sujeta a otras autoridades distintas del Legislador y, además, ostenta la facultad constitucional de proferir normatividad en relación con el servicio público de televisión[24].

3.4.- Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que dicha autonomía no es un rasgo accidental del citado organismo, por el contrario, *"En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario"*[25].

3.4.- Mediante la Ley 182 de 1995 se reglamentó la Comisión Nacional de Televisión y se delimitaron su objeto[26] y funciones[27], dentro de las cuales, para efectos del caso objeto de

---

[23] Corte Constitucional. Sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo.
[24] Corte Constitucional. Sentencia C- 351 de 2004. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[25] Corte Constitucional. Sentencias C-350 de 1997. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz y C-298 de 1999. Magistrada Ponente. Martha Victoria Sáchica. Por su parte, en la sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte sostuvo: *"...[La CNTV] goza de una verdadera autonomía, similar a la conferida al Banco de la República y que le permite, en todo caso, investigar, sancionar, fijar tasas, formular planes, promover estudios sobre televisión y, en general, cumplir todas las tareas que le corresponden como entidad de dirección, regulación y control del servicio público* de *televisión, teniendo como cabeza principal a su Junta Directiva."*
[26] Artículo 4.

análisis, sobresalen aquellas orientadas a dar desarrollo a las políticas sobre la televisión y que consecuentemente implican la producción de normas de carácter general y particular.

3.5.- En atención a los anteriores planteamientos, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la referida autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es óbice para que los actos administrativos que expida sean susceptibles de control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativa[28].

4. El contrato estatal de concesión[29]

4.1.- La premisa inicial es que el "modelo democrático del ejercicio del poder (…) determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos"[30].

4.2.- De esta manera, la "actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios,

---

[27] Artículo 5.

[28] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2007. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. "*En lo que respecta a la función de producción normativa de la CNTV, vale la pena evidenciar que ésta se deriva en parte de la Constitución Política y en parte de la Ley; ésta situación, sin embargo, no excluye el control de legalidad y de constitucionalidad de sus actos, que en virtud del carácter taxativo de las normas objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y la competencia residual que en esta materia le corresponde al Consejo de Estado, es ésta Corporación la garante de la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones normativas de éste organismo autónomo.*
De esta manera, el control de legalidad (en un sentido formal) y de constitucionalidad de los actos administrativos proferidos por la CNTV, le corresponde a esta Corporación, y para ello, los ciudadanos, cuentan con la acción de nulidad[28] y consecuente con ello, deben observar las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y demás normatividad pertinente.
Se puede decir entonces, que desde una perspectiva material y amplia, éstas pueden calificarse como actos administrativos, toda vez que son manifestaciones de una entidad pública, que producen efectos frente a sujetos de derecho determinados o indeterminados y son objeto del control de constitucionalidad y legalidad del Consejo de Estado."

[29] SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010.

[30] SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, p.238.

y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones"[31].

4.3.- La concesión administrativa[32] es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –*dominio público*–, servicios –*servicios públicos*– y obras –infraestructura pública[33], de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –*concesiones administrativas*– o contratos –*negocios jurídicos públicos*–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas[34] –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas[35-36]– para explotarlos económicamente[37] con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador[38].

4.4.- En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas[39], que opera de manera exclusiva y

---

[31] SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, pp.239 y 240.

[32] JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, pp. 687 y 696.

[33] JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. "La construcción y financiación de las infraestructuras públicas", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), No. 10, 2001, p. 79.

[34] LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 307 y ss.

[35] VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 699. Véase el interesante enfoque del autor en relación con las concesiones constitutivas y las traslaticias de funciones y poderes a los concesionarios. Puede consultarse así mismo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 954 y 955.

[36] Constitución Política de Colombia, art. 210.

[37] FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 358.

[38] LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones generales*, Barcelona, Ariel,2003, pp. 1053 y ss.

[39] Es necesario tener en cuenta que el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder (PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 27 y ss.; ÍD. *Derecho administrativo*, cit., p. 1053), obtiene sus raíces y

restrictiva respecto de bienes, servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales[40] y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional[41], no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia[42-43].

4.5.- La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables[44], y

---

sustentos remotos en las experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las instituciones actuales de nuestra disciplina (SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996). Si bien es cierto que no pretendemos sostener la presencia propiamente de un derecho administrativo romano, ante la inexistencia, en la época, del concepto de división de poderes, propio del modelo del Estado constitucional (MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1987, pp. 9 a 12. Del mismo autor puede consultarse *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 37 a 40; "L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo", en *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, CEDAM, 1988), de todas maneras las investigaciones sobre las instituciones públicas romanas nos demuestran que esta cultura desarrolló, para enfrentar la creciente problemática de lo público, una compleja sistemática que podríamos catalogar de administrativa, a través de la cual se plantearon y resolvieron satisfactoriamente grandes cuestiones teóricas y prácticas que aún hoy se plantean en nuestras instituciones administrativas y son objeto de profundos debates, dentro del que denominamos derecho administrativo (ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 213 a 336).

[40] VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 695. La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. "(…) En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentes, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos (…)".

[41] El asunto en nuestro derecho es de carácter constitucional. Con fundamento en el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, al igual que por las comunidades organizadas para estos efectos, o por particulares en los términos y condiciones que establezca la ley. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Al ocuparse la Constitución Política en definir de la formas de prestación de los servicios públicos por parte del Estado, incorporando la modalidad de indirecta le abrió de manera clara e indiscutible las puertas a la figura de la concesión administrativa, por lo menos en cuanto a las actividades de obras, servicios públicos o la mixtura de estas dos, destacando, para estos efectos, la imposibilidad de pérdida de la titularidad pública de estas actividades, por el solo hecho de la prestación indirecta, debiendo en todos los casos el Estado preservar en relación con el concesionario la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos.

[42] GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359.

[43] MIRIAM MABEL IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Caracas, Sherwood, 2006, pp. 49 y ss.

[44] CHAPMAN. "La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes", ponencia general presentada al XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359. "[…] Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas […]".

que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad[45] de conformidad con los modelos y fórmulas económicas previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada[46].

4.6.- Por otra parte, la concesión como contrato, ha sido definido por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como:

> *"(…) 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".*

4.7.- A su vez, esta Corporación ha manifestado con relación al contrato de concesión:

> *"La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual[47]".*

---

[45] *Ibídem*

[46] ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en LUIS ORTEGA y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA. *Legalida de e autonomía contractual nos contratos administrativos*, Lisboa, Almedina, 2003, pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar:*
dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 98 y ss.

[47] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp.: 26.939

4.8.- De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión[48]: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) el concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

4.9.- Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en "*la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien*", diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la "*prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público*"[49]*.*

5.- El contrato de concesión de servicios públicos

5.1.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión de servicios públicos es aquel 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

---

[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390.

[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998. Exp.: 10217. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que *"el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público"*

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 a la explotación del bien, o una suma periódica, única y porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

5.2.- La concesión es un "modelo de negocio, que si bien es cierto, se ubica dentro de los pocos que tienen una descripción normativa en la ley, al fin y al cabo hace parte de los contratos que por excepción el legislador tipificó en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, su tipificación de poco o nada sirve en procura de una detallada, cierta y objetiva aproximación conceptual en torno a la figura; todo lo contrario, nos encontramos ante una anormal nominación negocial, que lo único que hace es destacar precisamente las características de abierta e impredecible de la institución; modelo en blanco llamado a ser cargado en todos sus aspectos por la administración en cada caso concreto, no de manera arbitraria, sino siempre en la perspectiva del interés general, esto es, de manera planificada, razonada, proporcional y si es del caso, ponderando los principios fundamentales que eventualmente puedan entrar en conflicto al momento de adoptar la [sic] mejores decisiones en la materia […] a través del contrato de cesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberazadores, y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o mérito, resuelve hacerlo de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular, los componentes que considere necesarios y adecuados para ser ejecutados por el concesionario por su cuenta y riesgo, pero bajo su inmediata supervisión y control. El concesionario debe asumir, de conformidad con lo razonado en la estructuración, los riesgos propios de su gestión que le hubieren sido asignados de manera proporcional y razonable.
La concesión no configura de ninguna manera un desprendimiento absoluto de la actividad por el Estado, este continua siendo titular de la misma, por adscripción normativa superior. Razón elemental y más que obvia para suponer, que el Estado, tiene el deber de ejercer la permanente vigilancia y control del contrato, lo cual se justifica en cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público a nombre del Estado para la comunidad. Por su misma naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter de privado para el ejercicio de las actividades contratadas, está sujeto y

subordinado por la ley, al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se la explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos […] En desarrollo del anterior marco normativo y conforme a la caracterización señalada, podemos destacar, que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal con objeto pluricomprensivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas […] Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo negocio. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad"[50].

5.3.- En consecuencia, a través del contrato de concesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la Constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberalizadores y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o merito, resuelve hacer de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular los componentes que considere necesario por su cuenta y riesgo pero bajo su inmediata supervisión[51].

5.4.- De igual forma, en virtud de su naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter privado para el ejercicio de las actividades contratadas están sujetos y subordinados por la ley al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio, la cual es constitucional, por cuanto según el

---

[50] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Tesis doctoral sustentada el 10 de febrero de 2010 en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el catedrático de derecho administrativo Luciano Parejo Alfonso, pp.401 a 405.

[51] Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. *"(…) El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales. Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes (…)".*

artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y regulación de los servicios públicos[52].

5.5.- Ahora bien, la Sala destaca que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal, con objeto pluricomprensivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas, a través del cual el Estado, diseña para el interés público proyectos trascendente, entre otros los de infraestructura[53]; elaborando para el efecto, a través de procesos de planeación previa del negocio, modelos económicos y financieros que soportados en elementos de tiempo y recaudo, u otras metodologías libremente adoptadas, los viabilicen, garanticen los intereses generales y permitan determinar con certeza la adecuada, necesaria y oportuna remuneración al concesionario[54].

5.6.- En este sentido debemos entender que los concesionarios son por lo general inversionista, con derechos e intereses indiscutibles en torno a la recuperación o retorno de inversiones y ganancias adecuadas, proporcionales y suficientes en los términos del mercado y del interés general, lo que nos lleva a reconocer, en el contrato de concesión su carácter heterogéneo y articulador de intereses públicos y privados, bajo los designios del interés general.

5.7.- Al respecto, tanto el artículo 32 núm. 4 de la ley 80 de 1993 en concordancia con la ley 105 de 1993 disponen que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización y demás fórmulas y mecanismos financieros que de acuerdo con la discrecionalidad técnica de la administración se recomienden y adopten. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido, - garantía a la inversión -.

---

[52] *Ibídem.*

[53] Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. *"[…] Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato […]".*

[54] Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. *"[…] Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia […]"*

5.8.- Debe entenderse que con la tipificación del modelo del contrato de concesión de servicios públicos, jurídicamente se encomienda a un concesionario, la realización de obras o la prestación de servicios, bajo esquemas de derecho administrativo, con la posibilidad incluso de cumplir determinadas funciones públicas, pero con expectativas de lucro por el concesionario y de satisfacción de necesidades públicas por el concedente.

5.9.- Adicionalmente, por sus características, el contrato de concesión de servicios públicos, es de por si un contrato que rompe con la dogmática tradicional de los contrato conforme a las construcciones del individualismo jurídico. La concesión involucra intereses y derechos claramente colectivos, esto es, de titularidad en cabeza de la comunidad, que es en últimas, la destinataria de la prestación concesionada; intereses estos en permanente interrelación con los derechos e interés subjetivos del concesionario, y por qué no decirlo, con los mismos intereses subjetivos que le puedan asistir al Estado en cuanto sujeto de derechos, y responsable directo en derecho de que las obligaciones del negocio se cumplan por el concesionario de acuerdo a lo pactado. La figura concesional nos introduce por lo tanto por los senderos de una interesante trilogía obligacional, de derechos e intereses, todos ellos exigibles.

5.10.- Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo del negocio[55]. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, con las limitaciones que para efectos de los desarrollos en materia de infraestructura establece la ley 105 de 1993[56].

5.11.- Por otra parte, es menester manifestar que es de la esencia del contrato de concesión la identificación plena de los riesgos[57] a cargo de las partes contratantes, su asignación y la carga

---

[55] Ibíd. *"[…] Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión […]".*

[56] Ley 105 de 1993 Artículo 32.

[57] FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pg 131 Nota No 191. "En el lenguaje jurídico 'riesgo' es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor" F. Consentini, Rischio, Teoría generale, II, en Digesto Italiano, XX, Torino, 1916, p. 1044. "De manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa

de los mismos por el concesionario, en los términos previstos en el contrato. Los riesgos en consecuencia constituyen los aleas normales a cargo del contratista, cuando los mismos, se insiste, han estado incorporados en los cálculos y previsiones efectuadas antes de contratar. Bajo esta perspectiva, el concepto de riesgo contenido en la definición del artículo 32 No. 4 de la ley 80 de 1993 no es absoluto, pudiendo ser vulnerable a situaciones de imprevisibilidad o de aleas anormales incontenibles e imposibles de calcular, mas no así a los incumplimientos o problemas derivados de la mala planeación o estructuración de las propuestas efectuadas por los concesionarios, casos en los cuales deberán asumir la carga obligacional que el riesgo implica[58].

5.12.- En consecuencia, es de la esencia del contrato de concesión bajo los parámetros legales colombianos el de la asignación de riesgos, determinados los mismos sobre la base del conocimiento profesional calificado en un área específica por parte del concesionario. Así las cosas, todo lo que como efecto negativo suceda en esa área, lo deberá soportar aquel al que se le adjudicó, por la consideración que el profesional o conocedor, técnico o científico tenía, lo que lo llevaba a la consideración de mejor conocedor del asunto, es decir, tenía la mejor condición para preverlo y contrarrestar sus efectos[59].

5.13.- Por último, el ejercicio de la vigilancia y control de los contratos de concesión por parte de la entidad concedente y su obligatoria definición al momento de la estructuración del negocio deviene del artículo 365 constitucional, el cual se reitera de manera específica en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 y se puede ejercer de acuerdo a lo pactado, en lo que se pueda considerar materia negociable. Por ejemplo, costos del control y vigilancia, o de considerarlo prudente y oportuno la entidad, de manera adicional, por fuera de los marcos del contrato, dándole aplicación directa a la norma constitucional indicada, a través de las figuras e instituciones que la administración considere necesarias, adecuadas y oportunas para el debido seguimiento al contrato en cuestión y la adopción de las decisiones correctivas o de otra

---

comprometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total. Además, puede incluirse en ella la depreciación económica, en cuanto priva a la cosa de todo valor": Demongue, Traité des obligations, 6, cit. No. 113."

[58] GASTÓN JEZÉ. *Principios* Tomo III. Pg 373.

[59] Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. *"…. En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública." pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso…"*

naturaleza que sean necesarias, dado el carácter y naturaleza de la figura que implica, necesariamente, el desprendimiento material de servicios de titularidad pública y, sobre todo, que involucra la posibilidad de que se estén cumpliendo funciones públicas administrativas por el concesionario, lo cual amerita el permanente, continuo y profundo acompañamiento de la ejecución del negocio en todos sus aspectos.

5.14.- Corolario a lo anterior, se tiene que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán ejercer facultades excepcionales al principio de igualdad interpretando unilateralmente los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

6.- El contrato de concesión del servicio público de televisión según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 – Ley vigente para la época de los hechos-.

6.1.- Finalmente, en cuanto a la concesión del servicio público de televisión, definida en la Ley 182 de 1995 – artículo 46 como "...el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio público de televisión y a acceder a la operación del espectro electromagnético atinente a dicho servicio"; al efecto previó dos modalidades de concesión: por contrato o por licencia.

6.2.- Dichas modalidades se aplican atendiendo la clasificación del servicio que en función del nivel de cubrimiento establece el artículo 22 de la ley 182 de 1995. Así, si se aspira a ser operador zonal, previa licitación pública, podrán acceder, por contrato, personas jurídicas, más específicamente sociedades de capital abierto, esto es sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en una bolsa de valores (artículo 56 Ley 182 de 1995).

6.3.- Si se aspira a ser operador local en comunidades que no excedan los 300.000 habitantes, podrán acceder, de conformidad con el artículo 47 de la ley 182 de 1995, previo proceso de licitación y otorgamiento de la respectiva licencia en audiencia pública, organizaciones

comunitarias o personas jurídicas con ánimo de lucro, siempre que el énfasis de la programación que ofrezcan sea de contenido social o comunitario.

6.4.- La diferencia de procedimiento encuentra justificación en la obligación que tiene el Estado de promover y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos que son de su interés y específicamente en la prestación de los servicios públicos, mucho más si se trata de la televisión, el cual por sus características tiene capacidad para incidir en el fortalecimiento mismo de la democracia, en la consolidación de los valores que soportan las diversas culturas que lo conforman y en los elementos que configuran nuestra identidad.

6.5.- Es claro que los objetivos que motivan a unas y otras, esto es a las sociedades con ánimo de lucro y a las comunidades organizadas, éstas últimas definidas la misma ley en su artículo 37, "... como asociaciones de derecho integradas por personas naturales residentes en un municipio o distrito o parte de ellos, en las que sus miembros estén unidos por lazos de vecindad o colaboración mutuos para operar un servicio de televisión comunitaria, con el propósito de alcanzar fines cívicos, cooperativos, solidarios, académicos, ecológicos, educativos recreativos, culturales o institucionales", son diferentes, sin embargo, todas asumen por vía de concesión la prestación de un servicio público, adquiriendo, de conformidad con lo dicho, una doble condición, de contratistas y de agentes del Estado.

6.6.- Por otra parte, se tiene que de las varias clasificaciones de las modalidades del servicio de televisión que hace la Ley 182 de 1995[60], se observa que según la tecnología de la transmisión se distingue entre televisión radiodifundida, cableada y cerrada y la televisión satelital, siendo esta última *"aquella en la que la señal de televisión llega al usuario desde un satélite de distribución directa"*, de acuerdo a las voces del literal c) del artículo 19 de la citada Ley.

7. El principio de buena fe contractual[61]

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

---

[60] El artículo 18 de la Ley 182 de 1995 clasifica el servicio de televisión según los siguientes criterios: a) tecnología principal de transmisión utilizada, b) usuarios del servicio, c) orientación general de la programación emitida, d) niveles de cubrimiento del servicio.

[61] Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.[62]

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa[63] *en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.*[64]

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta

---

[62] Aunque el artículo 1603 sólo expresa que "deberán ejecutarse", el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado).

[63] Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión "exenta de culpa" vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).

[64] Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: "Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).

propia",[65] *es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho"*[66] *o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido."*[67]

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia[68].

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual[69].

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del Estado sino el principio de buena fe objetiva

---

[65] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).
[66] Ibídem. (La cita es del texto citado).
[67] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).
[68] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).
[69] Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio.

Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil[70] en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual así como la satisfacción de los intereses generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.

8. Interpretación, calificación e integración de los Contratos[71]

---

[70] ARTICULO 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.
ARTCULO 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.
ARTICULO 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.
ARTICULO 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.
ARTICULO 1622. Interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.
Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.
ARTICULO 1623. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.
ARTICULO 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.
[71] Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. 23.730, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto,

constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquel quien está llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes.

9. Las reglas de interpretación de los contratos[72]

9.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

---

[72] Cfr. M. BIANCA. *Derecho civil. El contrato.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 429 y siguientes; L. CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico.* Aguilar, Madrid 1956, p. 607 y siguientes; W. FLUME. *El negocio jurídico*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 351 y siguientes; F. DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio jurídico.* Editorial Civitas, Madid 1997, p. 73 y siguientes; E. BETTI. *Teoría general del negocio jurídico.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 237 y siguientes; F. MESSINEO. *Doctrina general del contrato.* Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1952, p. 87 y siguientes; G. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*. Editorial Revista de derecho Privado, Madrid 1959, p. 285 y siguientes; G. ALPA. *L'interpretazione del contratto.* Giuffrè Editore, Milano 1983; L. FERRI. *Lecciones sobre el contrato.* Editorial Jurídica Grijley, Lima 2004, p. 143 y siguientes; J. MELICH-ORSINI. *Doctrina general del contrato.* Editorial jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 335 y siguientes; L. DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* T. I. Civitas, Madrid 1993, p. 367 y siguientes; S. CIFUENTES. *Negocio jurídico.* Editorial Astrea, Buenos Aires 2004, p. 333 y siguientes; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI. *Derecho civil.* T. I, v. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1992, p. 975 y siguientes; D. FRANCO VICTORIA. *Introducción a la interpretación de los contratos.* En Rivista di Diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma e América. Diritto Romano Comune, V. 21. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 124 – 156.

Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).

9.2 La regla de interpretación contra el predisponente o *proferentem* contenida en el inciso final del artículo 1624 del Código Civil es de rancia raigambre pues se remonta al derecho romano clásico.

En efecto, Celso expresaba que *"cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula"*[73], opinión ésta que reiteraba Ulpiano al señalar que *"cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante"*[74].

Téngase en cuenta que en Roma el estipulante presentaba el texto de la *stipulatio* y el *promissor* adhería a lo predispuesto, circunstancias éstas que determinaron que los

[73] D. 34.5. 26 (27).
[74] D. 45.1.38.18.

jurisconsultos opinaran que las oscuridades debían interpretarse en contra de quien redactó la estipulación pues *"fue libre para emplear con latitud las palabras."*[75]

Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o predispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fé contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.

Pero por supuesto, se reitera, esta regla de interpretación que se viene comentando es de carácter subsidiario pues sólo puede acudirse a ella si no es posible dilucidar en primer lugar con las otras reglas la común intención de los contratantes.

10.- Caso concreto.

Pretende la parte demandante la declaratoria de "caducidad de la acción y por ende la nulidad de las Resoluciones 347 de 2006 y 291 de 2007 expedidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Mediante la primera de estas resoluciones se ordenó a la sociedad INGELCOM LTDA el pago de setecientos noventa y un millones trescientos trece mil trescientos cincuenta y dos pesos ($791.313.352.oo) por concepto de reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario en el periodo que va del 1º de enero de 2000 al 30 de septiembre de 2003; y por los intereses moratorios comprendidos entre el 1º de enero de 2000 y el 31 de enero de 2006. En la segunda resolución se se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primer acto administrativo, confirmándolo. Todo lo anterior de acuerdo con la factura No. 15555 de 31 de enero de 2006 que había sido expedida anteriormente por la CNTV y que fue rechazada por la sociedad demandante.

Por acreditado se tiene en el proceso que en el Acuerdo No. 014 de 20 de marzo de 1997 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, mediante el cual se reglamentó el servicio de televisión por suscripción, se dispuso en su artículo 36º: *"El concesionario pagará*

[75] D. 45.1.99 pr.

directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el diez por ciento(10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio, en la forma que resulta de multiplicar el número de suscriptores durante el periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario (fl 436, cdno 3).

Igualmente, se encuentra que previa licitación pública, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISION y la empresa INGENIERIA ELECTRÓNICA Y DE TELECOMUNICACIONES – INGELCOM LTDA- celebraron el Contrato de concesión No. 181 del 14 de diciembre de 1999, cuyo objeto era la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, para el nivel Distrital o Municipal con población igual o superior a 100.000 habitantes. (fl.414 del cdno 3).

Por concepto del pago de la compensación que el concesionario debía cancelar a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION, se dispuso en la cláusula septima del contrato que: "*EL CONCESIONARIO de conformidad con el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, deberá pagar directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el diez por ciento(10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario. Así mismo deberá cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales percibidos por concepto de pauta publicitaria (fl. 417 cdno 3)* [Subrayado fuera de texto] .

El Acuerdo 003 de 13 de noviembre de 2001, mediante el cual se modificaron las tarifas por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas a prestar el servicio de televisión satelital, dispuso en su artículo 2º - modificatorio de los artículos 4 del Acuerdo 005 de 1996, 36 del Acuerdo 014 de 1997 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1998- que: "los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios,

en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario" (fls. 318 y 319 cdno 3) [Subrayado fuera de texto].

Igualmente se encuentra copia de la factura No. 15555, expedida el 20 de enero de 2006 por la Comisión Nacional de Televisión y dirigida a Ingelcom Ingeniería Electrónica y de Telecomunicaciones Ltda, por los siguientes conceptos y valores (fl 895, c4):

Concepto	Valor Unitario
Diferencias auditoría Mcgregor 30 sep-03	$382.777.349
TOTAL	$382.777.349

La mencionada factura fue rechazada por el representante legal de la sociedad Ingelcom Ltda, y devuelta a la Comisión Nacional de Televisión mediante comunicación del 3 de abril de 2006, *según* se afirma en el numeral 8 de los antecedentes de la resolución 347 del 21 de abril del mismo año, en la que se transcribe parcialmente el contenido de tal comunicación enviada por el concesionario, así: "*Adjunto a la presente estamos haciendo devolución del original de la factura de venta No. 15555 por cuanto en ésta se cobra una deuda no reconocida por la sociedad por mi representada conforme lo (sic) manifestado expresamente y por escrito ante ustedes en anteriores oportunidades. Lo anterior, en tanto INGELCOM LTDA ha efectuado la liquidación y pago de las compensaciones comprendidas en la factura de la referencias(sic)dando cumplimiento a la normatividad vigente al momento de causarse las obligaciones de pago*" (fl 43, c5).

Ante la manifestación de rechazo la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión expidió la Resolución No. 347 del 21 de abril de 2006 mediante la cual ordenó a Ingelcom Ingeniería Electrónica y de Telecomunicaciones Ltda, el pago del importe de la factura reseñada. Esta Resolución se apoya, entre otros, en los siguientes argumentos:

> "10. Que como consecuencia de la respuesta del Concesionario, la Comisión Nacional de Televisión, una vez realizadas las liquidaciones de conformidad con las cláusulas del contrato y con los Acuerdos vigentes sobre la materia, en aras de hacer cumplir tanto el contrato que es la ley para las partes, como los Acuerdos que regulan la prestación del servicio, ha decidido ordenar el pago de las sumas adeudadas dentro de

un plazo determinado, a la Sociedad INGELCOM LTDA., sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en la ley y en el Acuerdo 014 de 1997.

11. Que la forma de liquidar el valor de la compensación se encuentra determinada palmaria e incontestablemente tanto en los Acuerdos que regulan el servicio como en el contrato que es ley para las partes, conforme los establece el artículo 1602 del Código Civil; de tal manera que observando lo dispuesto en el artículo 27 ibídem, no se requiere consultar el espíritu de la norma por ser claro su tenor literal, el que por demás, sin ambigüedad alguna, se transcribe en el instrumento contractual.

12. Que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de junio de 1963 señala: "Es principio general de derecho civil, que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos integra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido". (Resaltado fuera de texto).
[…] Por lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

Artículo Primero: Ordenar a la Sociedad Ingelcom Ltda (…) el pago a la Comisión Nacional de Televisión de las siguientes sumas: Trescientos ochenta y dos millones setecientos setenta y siete mil trescientos cuarenta y nueve pesos moneda corriente ($382.777.349), por concepto del reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el Concesionario, correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de enero de 2000 al 30 de septiembre de 2003 y cuatrocientos ocho millones quinientos treinta y seis mil tres pesos moneda corriente ($408.536.003), por concepto de intereses moratorios causados durante el periodo 1 de enero de 2000 al 30 de enero de 2006. Lo anterior, conforme la factura No.15555, expedida por la Comisión Nacional de Televisión, la cual forma parte integral de la presente resolución.

Artículo Segundo: El pago de las sumas enunciadas deberá ser realizado por el Concesionario dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución.

Artículo Tercero: Notificar personalmente esta resolución al representante legal de la sociedad Ingelcom Ltda y a los respectivos representantes legales de las Compañías Condor s.a y Agrícola de Seguros atendiendo su calidad de garantes del cumplimiento del contrato, conforme las pólizas Nos. 100114, 7412777 y 1111890 expedidas por Condor s.a y 2506000296701, expedida por Agrícola de seguros, advirtiéndoles que contra ella únicamente procede el recurso de reposición, ante la Junta Directiva de la Comisión, el cual podrán (sic) interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. Si no fuere posible efectuar la notificación personal, se procederá mediante edicto.

Artículo Cuarto: Vencido el plazo señalado en el artículo segundo sin que Ingelcom Ltda haya realizado el pago de las sumas señaladas, se entiende que mediante el presente acto administrativo se hace efectiva la garantía de cumplimiento expedida por la aseguradora Agricola de Seguros, hasta el monto del valor asegurado.

Artículo Quinto: En el evento de hacerse efectiva la garantía de cumplimiento expedida por Agrícola de Seguros, para la cancelación de las sumas indicadas en el artículo

primero de la presente Resolución, el Concesionario deberá reponerla en monto igual, dentro de los quince (15) días siguientes al de su cancelación.

Artículo Sexto: Comunicar la presente resolución a la Subdirección Administrativa y Financiera, a las Divisiones de Procesos y Conceptos Jurídicos y de Contratación y a la Oficina de Regulación de la Competencia de la Comisión Nacional de Televisión, para los trámites pertinentes.

Artículo Séptimo: La presente resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria." (fls 45-46, c5).

Como la parte demandante formuló recurso de reposición contra la anterior Resolución, la Comisión Nacional de Televisión expidió la Resolución No. 291 del 17 de abril de 2007 mediante la cual confirmó la decisión cuestionada (fls 465-502, cdno 3). En cuanto a los argumentos planteados en el recurso, la entidad no dio crédito al alegato de variación en la forma de liquidar la compensación, pues, a su juicio, ésta debió hacerse respecto de los ingresos brutos, que según la comisión "*incluye todos los pagos que tengan una relación directa y necesaria con la prestación del servicio, obviamente sin realizar sobre la misma deducción alguna*". La entidad demandada negó igualmente que hubiese falsa motivación del acto administrativo y violación del debido proceso a Ingelcom Ltda.

7.15.- Revisados los anteriores elementos de juicio que informa el *sub judice,* pasa la Sala a ocuparse de los cargos expuestos en los recursos de apelación; en primer lugar del interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión, y luego del interpuesto adhesivamente por la parte actora.

10.1.- Sobre la legalidad de los actos administrativos alegada por la Comisión Nacional de Televisión

Alegó el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión que la sentencia debía ser revocada, pues, a su juicio, la resolución 347 se ajustó a la ley al incluir en el concepto ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión, los servicios de reconexión, desconexiones, decodificadores y traslados. Para el efecto se aduce que se deben estudiar los conceptos de tarifa, ingreso y suscripción de manera conjunta.

En este orden de ideas, sostiene que la noción de tarifa es el precio que pagan los usuarios o consumidores de un servicio al Estado o al concesionario, a cambio de la prestación del servicio; a su turno, la noción de ingreso la define conforme al artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, es decir, como flujos de entrada de recursos, de donde colige que esta noción abarca la totalidad e los hechos generadores de recursos; finalmente, a propósito del concepto de suscripción, sostiene que significa: "*Comercializar intermitentemente en periodos variables el consumo de un producto o el acceso a un servicio*".

La Sala observa en la argumentación del apoderado de la Comisión Nacional de Televisión diversas imprecisiones, a saber: La primera de ellas es traer una definición de suscripción trascrita y en comillas sin identificar de dónde es tomada. La Sala, acudiendo al mismo método interpretativo gramatical, se encuentra que el diccionario de la real academia de la lengua española, la palabra suscripción la define como acción de suscribir, y a su vez, al verbo suscribir le atribuye cuatro acepciones, dos de las cuales resultan funcionales al asunto en cuestión. En efecto, se define como "*Dicho de una persona: Obligarse a contribuir como otras al pago de una cantidad para cualquier obra o empres*a". Y de otra parte, como "*Abonarse para recibir alguna publicación periódica o algunos libros que se hayan de publicar en serie o por fascículos*".

Obsérvese, que la noción está definida como una cantidad a pagar, para recibir una contraprestación, producto o servicio, de donde lógico resulta colegir que la forma establecida para la liquidación del a compensación, al prescribir que el 10% de los ingresos brutos, se debía calcular multiplicando el número de suscriptores por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, determinaba un parámetro objetivo: lo que cada uno de los suscriptores debía pagar por el servicio, y en ese momento, esto es, en el de suscripción del contrato, ni en el acuerdo 014 de 1997, vigente para la época, ni en el contrato de concesión 181 de 1999 se hizo referencia a valores conexos, distintos a esa tarifa; ello sólo vino a ocurrir al expedirse el acuerdo 003 de 2005, que no puede ser aplicable al caso sub judice, puesto que el periodo que aquí se investiga es el comprendido entre los años 2000 y 2003, y tal acuerdo no puede tener efectos retroactivos para regular un contrato celebrado con anterioridad.

La segunda imprecisión en que incurre el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión, es que omite analizar que el mismo acuerdo 014 de 1997, precisó lo qué debía entenderse por suscripción, cuando en su articulo 7 dispuso: "*Es el acto por medio del cual el suscriptor se*

compromete con el operador a pagar una suma de dinero en forma periódica , con el objeto de recibir permanente el servicio contratado"

Observa entonces la Sala que la cláusula 7 del contrato, al reproducir la forma de pago de compensación prevista por el Decreto 014 de 1997, adoptó con ella una ambigüedad, pues si bien desde la perspectiva de la legislación tributaria pueden existir motivos para pensar que la noción ingreso bruto comprenda las actividades conexas a la prestación del servicio de televisión por suscripción; no es menos cierto que la segunda parte de la cláusula redujo esta posibilidad, al establecer que la forma de determinar el 10% pactado era multiplicando el número de suscriptores por la tarifa de afiliación, esta última, como se viene de precisar, es una suma mensual para la prestación del servicio. En otras palabras, la forma en que se pactó la liquidación de la compensación remitía a una prestación regular del servicio, cualquier otra vicisitud que se presentara en la prestación del mismo y que pudiera generar ingresos para el operador, aunque resulte conexa al servicio de televisión por suscripción, no podría estar comprendida en esa tarifa.

Así las cosas, lo que la Sala evidencia es que la Comisión Nacional de Televisión, al percibir la ambigüedad que se derivaba de la estructura de la formula para liquidar el valor de la compensación, decidió interpretar unilateralmente la cláusula convenida, violando así el principio de buena fe, que con base en los fundamentos teóricos que se consignaron en el numeral 7 de las consideraciones de esta providencia, debe regir la actividad contractual del Estado.

En efecto, tan evidente es la ambigüedad, que la misma Comisión Nacional de Televisión solicitó un concepto a una firma de abogados, el que fue rendido el 20 de diciembre de 2004, bajo la referencia de "*Determinación de la compensación de la CNTV*" y en el que se expresó: "*a continuación resumimos nuestra opinión jurídica sobre los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la base de liqudación de la compensación pactada con los concesionarios del servicio público por suscripción*". (fl. 31 cdno5).

Precisa la Sala que si la fórmula para la liquidación de dicha compensación, fuese tan clara como se manifiesta en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandanda, esta institución no habría tenido necesidad de consultar esta opinión.

De otra parte, se advierte que no solo se configuró una vulneración a la buena fe por parte de la Comisión Nacional de Televisión, sino que, además, esta entidad infrigió la norma de interpretación de los contratos prevista en el artículo 1624 inciso 1º del Código Civil, que prescribe que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una partes se interpretaran contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar. En efecto, se observa que la cláusula 7 del contrato de concesión 181 de 1999, celebrado entre las partes de este proceso, fue elaborada por la Comisión Nacional de Televisión, esto se evidencia, puesto que como parte del pliego de condiciones se público la minuta del contrato que finalmente se celebró. Así las cosas, ante la ambigüedad generada por la fórmula de liquidación de la compensación, la Comisión no podía interpretar dicha cláusula en su favor, por el contrario, debía hacerlo en favor del contratista.

De otra parte, si bien es cierto la ley 680 de 2001, autorizó a la Comisión Nacional de Televisión, para que: *"revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión";* es evidente que en desarrollo de esa autorización la entidad demandada fue errática, pues la reforma hecha en el acuerdo 003 de 2001, no terminó con la ambigüedad*; esto solo vino a ocurrir con la expedición del acuerdo 003 de 2005,* que eliminó la formula de cálculo de la compensación a partir de la *"tarifa de suscripción",* y especificó que tal tarifa comprendía los pagos recibidos por los operadores por concepto de *"afiliaciones, derivaciones, traslados, reinstalaciones , reconexiones, publicidad, servicio técnico, cargo básico, programas especiales, pague por ver…".*

De tal forma tal, que fue apartir del 21 de septiembre de 2005, fecha en la que se expidió este último acuerdo, que Ingelcom Ltda tenía la obligación de incluir en sus autoliquidaciones dichos conceptos, como lo indica el principio de irrectroactividad de la ley. Como por el lapso comprendido entre esta fecha y la presentación de la demanda nada se pretendió, nada podrá disponer la Sala.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión de anular los actos administrativos, pero con base en los argumentos aquí reseñados; esto es, por violación por parte de la Comisión Nacional de Televisión a las reglas que regulan la interpretación de los contrato y por la

violación al principio de la buena fe contractual, es decir, por infringir normas en las que las resoluciones acusadas debían fundarse.

Así las cosas, huelga cualquier consideración sobre los otros dos argumentos expuestos por el apoderado de Comisión Nacional de Televisión, puesto que los mismos parten del presupuesto que era legal cobrar dentro de la tarifa de suscripción, los valores correspondientes a afiliación, reconexión, traslados, derivaciones, servicio técnico y cargo básico.

En efecto, sostiene la entidad demandada en los dos fundamnetos restantes del recurso, que la Comisión estaba facultada para ejercer las funciones de inspección y vigilancia, afirmación en la que le asiste la razón; también en cuanto que la auditoría estableció que el concesionario no incluyó en sus autoliquidaciones tales conceptos, lo cual también se encuentra acreditado; no obstante, todo ello carece de trascendencia a efectos de variar la sentencia de primera instancia, toda vez que tales valores, como se determinó precedentemente, no tenían porque ser incluidos, conforme a la literalidad del contrato.

10.2.- A propósito del restablecimiento del derecho, alegado en el recurso de apelación adhesiva interpuesto por el actor.

En oportunidad legal, la parte actora interpuso el recurso de apelación adhesiva, en el que, a partir de una consideración hecha por el Tribunal que profirió la sentencia de primera instancia, en el que el a- quo puso de presente que nada se pidió sobre restablecimiento del derecho, a este respecto el apoderado de la parte demandante sostiene:

> *"Sobre el punto del restablecimiento del derecho, si bien es cierto, la parte demandante no solicitó como restablecimiento del derecho la devolución de los montos de dinero, que se entenderían presuntamente pagos con ocasión de la expedición de los actos administrativos demandados, no es menos cierto que, estas sumas no se solicitaron al comienzo porque a la fecha impretar(sic) la acción de nulidad, no se habían pagado, esta cancelación comienza a tener ocurrencia algunos años después de manera paulatina, a partir de un hecho sobreviniente como fue la solicitud de la prórroga del contrato de concesión de INGELCOM LTDA".*

Para efectos de resolver lo solicitado en la apelación adhesiva basta constatar la literalidad de las pretensiones de la demanda, a efectos de constatar sí el restablecimiento del derecho se pidió. La Sala encuentra que las pretensiones de libelo son:

1) *"Que se declare la caducidad de la acción y por ende la nulidad de la resolución No. 347 de 2006.*
2) *Que se declare la nulidad de la resolución No. 291 de 17 de abril de 2007, mediante se(sic) resuelve el recuso(sic) de repocisión(sic) interpuesto*
3) *Que se declare que INGELCOM LTDA no adeuda a la Comisión Nacional de Televisión, ninguna suma de dinero por concepto de lo previsto en las resoluciones anteriormente referidas*
4) *Que se declare que mi cliente no adeuda los intereses cobrado por la CNTV".*

Ahora, si bien es cierto el artículo 281 del Código General del Proceso establece que: "*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio*"; no es menos cierto que para que ello ocurra es requisito *sine qua non* que los hechos modificativos deben versar sobre el derecho sustancial sobre el que versa el litigio, y los contornos de ese derecho sustancial los define el petitum y la causa petendi.

En este orden de ideas, si bien es cierto, los pagos que pudo haber hecho la parte actora a la Comisión Nacional de Televisión, hubiesen tenido ocurrencia con posterioridad a la presentación de la demanda; debe tenerse presente que este no es un hecho modificatorio del derecho sustancial sobre el que versa el litigio; para que hubiese sido así, en la demanda ha debido solicitarse condicionalmente que si en caso de que se llegare a pagar por parte de la actora dentro del transcurso del proceso suma alguna relacionada con el objeto de litigio, se ordenara su reembolso, pero a este respecto la demanda guardó silencio.

Cualquier eventualidad que hayan pactado al Comisión Nacional de Televisión y la parte demandante, en relación con las resultas de este proceso, corresponden a una relación jurídica sustancial, que si bien puede ser conexa con la debatida en el sub judice, no puede ser comprendida dentro de la sentencia que ponga fin a este proceso, porque la misma no fue

traída como parte del derecho sustancial constitutivo del litigio que aquí se debate y que debe resolverse.

En consecuencia, el cargo sobre en el que se fundó la apelación adhesiva también será negado. No obstante, observa la Sala que habrá lugar a revocar el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el que se dispuso negar las demás pretensiones de la demanda, toda vez que dichas pretensiones deben prosperar en la medida en que son consecuenciales a la declaratoria de nulidad.

En efecto, las demás pretensiones a las que se hacen referencia son: i) que se declare que INGELCOM LTDA no adeuda a la Comisión Nacional de Televisión ninguna suma de dinero por concepto de lo previsto en las resoluciones que fueron declarada nulas; y ii) que se declare que la demandante no adeuda los intereses cobrados por la entidad demandante.

Advierte la Sala que si las Resoluciones fueron declaradas nulas, era procedente declarar prosperas tales pretensiones, pues éstas se derivaban de la nulidad misma de los actos administrativos, pues una consecuencia de la invalidez de éstos, es que cualquier suma de dinero en ellos contenida como adeudada por la sociedad demandante, desaparece; en consecuencia se modificará el fallo de primera instancia, en el sentido que se harán las declaraciones impetradas en los numerales 3 y 4 del acápite de pretensiones de libelo.

11.- Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera – Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia del 23 de enero de 2013 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de las resoluciones No. 347 del 21 de abril del año 2006, mediante la cual se ajustó unas autoliquidaciones del contrato No. 181 de 1999 y se ordenó su pago; No. 291 del 17 de abril del año 2007 por la cual confirmó la resolución anterior, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo dispuesto en numeral anterior, Declarar que la INGELCOM LTDA no adeuda a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISION ninguna suma de dinero por concepto de lo previsto en tales resoluciones, ni por capital ni intereses.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.3.5 del Decreto 734 del 13 de abril de 2012, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN deberá comunicar la presente decisión a la Cámara de Comercio, adjuntando para ello, copia auténtica de esta providencia

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente Sala Subsección C

JCGO