



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00310-01(38238) Acumulado

Actor: PRODUCCIONES PUNCH S.A. Y OTROS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN – Marco legal – Transiciones normativas – Medidas legales adoptadas al entrar en operación la televisión privada– / RENUNCIA DEL CONCESIONARIO Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO – Debían atenderse las finalidades de esas dos facultades - Debían observarse principios derivados de la autonomía de la voluntad - Implica cumplimiento previo de todas las obligaciones/ / CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN – Procedencia por cumplimiento de sus presupuestos – EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS– Condiciones para establecer su ruptura- No procede por causas que pudieron controvertirse en la fase precontractual o que fueron previstas y aceptadas por el concesionario al celebrar los contratos.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las sociedades demandantes Producciones Punch S.A. y Compañía Suramericana de Seguros S.A. contra las sentencias proferidas el 25 y el 26 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió negar las pretensiones de las demandas correspondientes al proceso 2001-00310 (acumulado al 2001-01523) y 2003-01771, respectivamente, los cuales fueron acumulados en la presente instancia.

SÍNTESIS DEL CASO

En virtud de los contratos de concesión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, la Comisión Nacional de Televisión le otorgó a la sociedad Producciones Punch S.A. el derecho a utilizar varios espacios en la Cadena Uno de la televisión nacional pública, para transmitir allí sus programas de televisión. Ello, a cambio de una contraprestación o tarifa causada a favor de la CNTV y a cargo de Punch S.A., por el uso de los indicados espacios.

Los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 se rigieron, principalmente, por las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996. Esta última dispuso y estableció la entrada en operación de los canales privados a partir de 1998, de manera que, a efectos de proteger la libre competencia y “la igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores” de los canales públicos, fijó en favor de estos, en su artículo 17, la facultad de renunciar a los espacios de televisión y de “terminar anticipadamente” los contratos respectivos, sin derecho a indemnización alguna por ese concepto.

Varios factores y contingencias que ocurrieron durante la ejecución de los contratos de concesión dieron lugar a que Producciones Punch S.A. reportara, en 1999, pérdidas económicas que la llevaron a ejercer el derecho previsto en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996. Así, Punch S.A. renunció a los espacios de televisión que se le habían concedido y dejó de emitir su programación en el Canal Uno, a partir del 19 de mayo de 2000.

La Comisión Nacional de Televisión manifestó, sin embargo, que no aceptaría la renuncia de Producciones Punch S.A. hasta tanto presentara el paz y salvo por concepto del saldo pendiente por concepto de tarifas. La sociedad concesionaria solicitó la aceptación de la renuncia y la admisión de las propuestas de pago de la deuda existente, pero la entidad estatal continuó exigiendo el mencionado paz y salvo.

Mediante Resolución N° 0617 del 10 de julio de 2000, la Comisión Nacional de Televisión declaró la caducidad de los contratos de concesión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, celebrados con Producciones Punch S.A., por considerar que la programadora había incumplido en forma grave tales negocios jurídicos al cesar la prestación del servicio desde el 19 de mayo de 2000. Asimismo, la entidad estatal señaló que, hasta el 6 de julio de 2000, la deuda en mora a cargo de la concesionaria superaba el 20% del valor total asegurado de cada contrato, circunstancia que estaba prevista en las cláusulas pactadas, como causal de declaratoria de caducidad de esas concesiones. En el mismo acto administrativo, la Comisión ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada por las partes en los referidos contratos y decidió hacer efectivas las pólizas de cumplimiento.

Aunque la sociedad Punch S.A. y las aseguradoras garantes de los contratos interpusieron recursos contra la Resolución N° 0617, esta fue confirmada con la Resolución N° 0993 del 23 de noviembre de 2000.

El 23 de julio de 2001, la CNTV liquidó unilateralmente los contratos de concesión, mediante las Resoluciones 515 y 516, las cuales le fueron notificadas a Producciones Punch S.A. cuando ya se encontraban en curso los procesos acumulados objeto de la presente sentencia. Tal liquidación se efectuó con base en las decisiones y sanciones establecidas por la entidad al declarar la caducidad de los referidos negocios jurídicos.

La parte actora demanda la nulidad de todos los actos administrativos antes señalados y solicita, adicionalmente, que se declare que no ocurrió el sinestro y por otra parte, que se configuró el rompimiento del equilibrio financiero de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 y se ordene su restablecimiento.

I.- ANTECEDENTES

1. Las demandas de nulidad de los actos administrativos contractuales, acumuladas al proceso N° 2001-00310 en la primera instancia

1.1. Proceso inicial N° 2001 – 00310

Mediante demanda presentada el 1 de febrero de 2001 (fls. 2 a 19, c. 1), a través de apoderado judicial (fl. 1, c.1), la compañía Agrícola de Seguros S.A. interpuso acción de controversias contractuales en contra de la Comisión Nacional de Televisión, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0993 del 23 de noviembre de 2000, expedida por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos y confirmó la decisión adoptada en la Resolución N° 0617 del 10 de julio de 2000.
2. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0617 del 10 de julio de 2000, expedida por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por la cual declaró la caducidad de los Contratos Nos. 104 de 1997 y 160 de 1998, y ordenó hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria y la póliza de cumplimiento N° 98032929 y sus modificaciones expedidas por la Compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 0617 del 10 de julio de 2000 y 0993 del 23 de noviembre de 2000, se declare a su vez que no ocurrió el siniestro de incumplimiento y se releve a PRODUCCIONES PUNCH S.A. y a la Compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. del pago del valor amparado por la Póliza de Cumplimiento N° 98032929 y sus modificaciones.
4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho de mi representada se condene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a pagar a la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. los daños y perjuicios que se establezcan en el proceso (...).

Como fundamento fáctico de estas pretensiones, señaló que la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) celebró con la sociedad Producciones Punch S.A. los contratos de concesión N° 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, para la prestación del servicio público de televisión por el Canal Uno. Agregó que, con el fin de afianzar el contrato de concesión N° 160, la mencionada programadora constituyó la respectiva garantía con la póliza N° 98032929, ante la compañía Agrícola de Seguros S.A.

No obstante haberse procedido a la ejecución de los contratos, según la demandante, la crisis económica de la época propició la escasez de pautas publicitarias en televisión, razón por la cual Producciones Punch S.A. se atrasó en el pago de las obligaciones pecuniarias que había asumido frente a la CNTV, aunque la entidad estatal nunca requirió a la programadora para el pago de los conceptos adeudados.

Según los hechos referidos en la demanda, el 16 de mayo de 2000, Punch S.A. le informó a la autoridad concedente su decisión de acogerse a la facultad prevista en el artículo 17, inciso segundo de la Ley 335 de 1996, consistente en renunciar a los espacios de televisión que le habían sido concedidos, de suerte que dejaría de comercializarlos y programarlos a partir del 17 de mayo de ese año. La CNTV indicó que solo se pronunciaría sobre esa decisión cuando la programadora allegara el paz y salvo por concepto de las obligaciones pendientes, además de señalarle que para ese momento, la deuda total ascendía a los \$80'652.296.

La actora manifestó que, el 18 de mayo de 2000, la sociedad Punch S.A. se ratificó en la

renuncia a los espacios de televisión y, a partir del 19 de mayo de ese año dejó de emitir su programación, con fundamento en lo cual la CNTV profirió los actos administrativos acusados, declarando el incumplimiento total de los contratos y una supuesta mora superior al 20% del valor pactado en las cláusulas.

Agrícola de Seguros S.A. interpuso recurso de reposición contra las mencionadas decisiones administrativas y recalcó que la renuncia a los espacios televisivos dados en concesión, así como el cese de la respectiva programación, eran facultades otorgadas por la ley a los concesionarios. Sin embargo, al resolver la impugnación, la CNTV manifestó que tales facultades no suponían ninguna atribución de los contratistas, para “terminar unilateralmente” los contratos de concesión del servicio de televisión.

1.1.1. Cargos de nulidad

La parte demandante refirió como normas infringidas, los artículos 6, 13 y 83 de la Constitución Política, 23 y 25 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 335 de 1996 y 1072 del Código de Comercio.

Recalcó que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 no entrañaba incumplimiento del contrato ni se sujetaba a ninguna de las condiciones que la CNTV le impuso a la programadora Punch S.A. para hacer efectivos los efectos legales de su renuncia. Asimismo, subrayó que las resoluciones censuradas habían quebrantado el derecho fundamental a la igualdad de Punch S.A. respecto de otras empresas programadoras de televisión, a las cuales sí les fue aceptada la renuncia prevista en la norma aludida, sin requisitos ni exigencias adicionales.

1.1.2. Trámite previo a la acumulación decretada en primera instancia

1.1.2.1. Mediante auto del 22 de marzo de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda (fl. 22, c.1), la cual le fue notificada a la CNTV en diligencia del 14 de mayo de ese año (fl. 26).

1.1.2.2. La Comisión Nacional de Televisión manifestó, en su defensa, que la programadora Punch S.A. había participado en la licitación y obtenido los espacios de los canales públicos cuando ya era previsible la crisis económica que registró el país, a tal punto que la entidad estatal, evidenciando las vicisitudes que podrían generarse, promovió y suscribió con la hoy demandante tres otrosíes afectos al contrato 160 de 1998, los cuales, según lo afirmó, mejoraron ostensiblemente la situación de la empresa concesionaria.

Aceptó como hecho cierto la renuncia de Punch S.A. a los espacios de televisión, manifestada en misiva del 16 de mayo de 2000. No obstante, recalcó que, en su condición de autoridad concedente, requirió a la concesionaria para que allegara oportunamente el respectivo paz y salvo, a efectos de pronunciarse sobre la referida decisión.

Para la entidad demandada, la declaratoria de caducidad y las demás decisiones contenidas en los actos acusados obedecieron al incumplimiento contractual en que incurrió Punch S.A., al terminar unilateralmente el contrato de concesión sin tener facultad legal para ello y al cesar de manera definitiva la programación que estaba obligada a emitir. De igual manera, señaló que la mora de Punch S.A. en sus compromisos pecuniarios excedía el 20% del valor asegurado en la garantía de cada contrato, lo cual también la habilitaba para declarar la caducidad de las dos concesiones.

Sostuvo que era infundado el cargo de nulidad en el que se alegó la supuesta infracción al artículo 17 de la Ley 335 de 1996, toda vez que la facultad otorgada en esa norma a los concesionarios de televisión no eximía a la empresa de su deber de reparar el daño causado ni implicaba que la terminación del contrato pudiera darse con la sola renuncia del concesionario, sin contar con el expreso consentimiento de la entidad estatal.

En punto de ello, manifestó que el ordenamiento jurídico solo le atribuía a las autoridades públicas, y no a los contratistas privados, la facultad de terminar unilateralmente el contrato estatal, de suerte que el alcance de la norma invocada por la parte demandante no podía ser el de permitirle a las programadoras de televisión que ejercieran una facultad exclusiva de la administración, de acuerdo con lo que, según su dicho, precisó al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-200 de 1998.

Al amparo de estos argumentos, expresó que, al requerir el pago de las obligaciones en mora, la CNTV no creó requisitos adicionales a los previstos en la ley para la aceptación de la renuncia de Punch S.A., sino que se limitó a conminar a la concesionaria para que cumpliera con su deber legal de pagar las tarifas correspondientes a la concesión del servicio de televisión.

Por último, solicitó que, en sentencia de mérito, se declararan oficiosamente las excepciones que resultaran probadas en el proceso (fls. 27 al 44, c.1.).

1.1.2.3. El 18 de julio de 2001 se dio apertura a la etapa probatoria (fl. 106, c.1) y, mediante auto proferido el 2 de octubre de 2002, se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 114).

1.1.2.4. En esa oportunidad procesal, la parte actora reiteró los hechos de la demanda y recalcó que la facultad de renuncia y terminación anticipada del contrato de concesión, ejercida por Punch S.A., había sido conferida por el artículo 17 de la Ley 335 de 1996. Señaló que el propósito buscado por el legislador al expedir la norma era el de prever y evitar posibles controversias administrativas y judiciales, además de lograr que la aceptación de las mencionadas renunciaciones a los espacios televisivos pasara a ser un derecho de los concesionarios y no una decisión discrecional de la autoridad pública, especialmente porque las adversas circunstancias financieras que forzaran a los concesionarios a devolver tales espacios de televisión, conllevaron a procurar que la administración se abstuviera de agravar el estado de insolvencia de las programadoras con sanciones o potestades exorbitantes, y a que los concesionarios afectados tuvieran un régimen contractual de excepción.

Señaló que la declaratoria de caducidad del contrato carecía de fundamento jurídico y comportaba una “arbitrariedad inexcusable”, especialmente por haberse declarado con el fin de sancionar una conducta que legítimamente había adoptado la sociedad concesionaria, al amparo de la ley que la autorizaba para ello. De igual manera, manifestó que la improcedencia de la caducidad también era manifiesta en la medida en que, para la fecha en que se declaró, el negocio jurídico ya había terminado de manera anticipada, merced a la renuncia interpuesta por Punch S.A. (fls. 121 al 136, c.1).

1.1.2.5. Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión recalcó que la declaratoria de caducidad se había adecuado a una situación de hecho que las partes habían previsto como causal para el ejercicio de esa potestad excepcional y que se configuró en el caso concreto al incumplir la programadora con el pago de los montos adeudados a la entidad. En su sentir, la sociedad concesionaria no solo desatendió los fines y principios del servicio de televisión al paralizar de

manera intempestiva la programación que debía emitir, sino que incurrió en una mora que superaba el 20% del valor asegurado del contrato, todo lo cual afectaba de manera grave y directa la ejecución del negocio jurídico.

Por lo demás, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda frente a los cargos de nulidad formulados por la parte actora (fls. 115 al 119, c.1).

1.2. Proceso N° 2001-01523

El 6 de julio de 2001 (fls. 2 al 59, c.2), la sociedad Producciones Punch S.A instauró acción de controversias contractuales contra la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que entre la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- celebraron (sic) los contratos 104 del 13 de noviembre de 1997 y el 160 del 15 de mayo de 1998, así como los OTROSIS (sic) Nos. 01 del 3 de mayo de 1999, 02 del 27 de octubre de 1999 y 03 del 3 de abril de 2000, para cada uno de los correspondientes contratos antes indicados.

SEGUNDA: Que son nulas las siguientes Resoluciones emitidas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV-: 1. La No. 0617 del 10 de julio de 2000 por medio de la cual la CNTV declaró la caducidad de los contratos de concesión de espacios de televisión Nos. 104 del 13 de noviembre de 1997 y el 160 del 15 de mayo de 1998, ordenó hacer efectiva la póliza de cláusula penal pecuniaria y la póliza de cumplimiento, entre otras determinaciones. 2. La No. 0993 del 23 de noviembre de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0617/2000, confirmándola en todas sus partes.

TERCERA: Que de acuerdo con lo anterior, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- es responsable y deberá responder a la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. por todos los perjuicios, lucro cesante, daño emergente, etc. como consecuencia de la arbitraria declaración de caducidad de los contratos. Reconocimiento que deberá incluir la corrección monetaria e intereses comerciales hasta la fecha en que efectivamente reciba el pago de los perjuicios de acuerdo con el dictamen pericial que para tal efecto deberá decretar el H. Tribunal.

CUARTA: Que se condene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- a reconocer y pagar a PRODUCCIONES PUNCH los perjuicios indicados en el numeral anterior

QUINTA: Que de conformidad con lo establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (...) proceda la jurisdicción contencioso administrativa (...) a liquidar el contrato, de conformidad con las demás pretensiones señaladas en la demanda. De tal manera que si la CNTV optare de manera irregular por liquidar el contrato, deberá declararse la nulidad de dicho acto administrativo o de cualquier acto sobreviniente a la declaratoria de caducidad del contrato, originado en la caducidad.

El 27 de septiembre de 2001, Producciones Punch S.A. adicionó la “pretensión segunda” de la demanda, solicitando la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos (fls. 63 y 64, c.2):

3. Las Resoluciones Nos. 0515 y 0516, ambas del 23 de julio de 2001 proferidas por la CNTV, y por medio de las cuales, por la primera se liquidó de manera unilateral el contrato N° 104 de 1997 y por la segunda se liquidó también unilateralmente el contrato N° 160 de 1998.

4. Que así mismo y como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos antes citados (...), son nulos por decaimiento del acto todos los actos administrativos que dicte la CNTV y que tiene origen en (sic) y relación directa en la caducidad decretada por la CNTV a los contratos Nos. 104 de 1997 y 160 de 1998.

Al referir los hechos que motivaron todas las anteriores pretensiones, manifestó que, en 1997, la CNTV les adjudicó a varias programadoras las franjas y espacios de televisión que se venían emitiendo en la antigua Cadena Uno, bajo una metodología “antitécnica” de asignación que conllevó a que ninguna de las adjudicatarias pudiera consolidar una posición clara frente a los televidentes, lo cual, a su vez, incidió en la crisis que posteriormente afectó a las programadoras de los canales públicos de televisión.

Señaló que, en el caso particular de Punch S.A., celebró con la CNTV el contrato de concesión N° 104 del 13 de noviembre de 1997 y que, asimismo, el 15 de mayo de 1998, celebró con la misma entidad el contrato de concesión N° 160, por el cual se le otorgaron algunos de los espacios de la nueva Cadena Uno, los cuales habían sido devueltos por Caracol Televisión y RCN Televisión, merced a que en ese momento comenzarían a operar el servicio como canales privados.

El objeto de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 era la prestación del servicio público de televisión, por el término improrrogable de seis años. A su vez, el valor del contrato N° 104 de 1997 sería de \$20.884'271.696, mientras que el del contrato N° 160 de 1998 fue pactado en la suma de \$2.661'312.126.

La demandante refirió el contenido de la cláusula décima séptima, establecida en los dos contratos y alusiva a la declaratoria de caducidad y sus causales, así como a la fijación de una cláusula penal pecuniaria equivalente al 20% de valor total del contrato.

Igualmente, expresó que, en los dos acuerdos de voluntades, las partes estipularon que el concesionario tendría la facultad de renunciar al contrato “y proceder a su terminación anticipada”, sin que hubiera lugar a indemnización alguna por ese concepto.

De acuerdo con los hechos de la demanda, durante la ejecución de los contratos de concesión, las partes celebraron varios otrosíes que modificaron lo relativo a las causales de declaratoria de caducidad, la forma de pago y el sistema de multas, entre otros aspectos, todo ello en consideración a la crisis por la que estaban atravesando las programadoras de televisión. Así, en 1999, Producciones Punch S.A. reportó pérdidas por \$3.491'251.459, situación que continuó presentándose –según su dicho– en los siguientes años. En razón de la desfavorable situación financiera reportada en 1999, la indicada programadora se vio en la necesidad de renunciar a los espacios de televisión que se le habían otorgado, decisión que le comunicó a la CNTV mediante oficio del 16 de mayo de 2000 y que haría efectiva a partir del día siguiente. Las comentadas pérdidas económicas no le resultaban imputables a Punch S.A. sino a una política de Estado bajo la cual se le dio un inadecuado manejo al servicio de televisión.

Según la parte actora, era cierto que en la fecha de su renuncia le adeudaba al ente demandado las sumas de \$1.589'204.129 y \$206'344.260, por los derechos generados de los contratos 104 y 160, respectivamente, pero también era palmario que, en ese momento, el retraso en los pagos no había superado los 180 días y el monto total adeudado en cada concesión no sobrepasaba el 20% de su valor asegurado.

Se adujo en el libelo que, después de ser informada sobre la renuncia, la CNTV requirió a Punch S.A. para que allegara el paz y salvo por concepto de pago de sus obligaciones contractuales pendientes. Igualmente, la entidad le señaló que la deuda en mora correspondiente al contrato N° 104 de 1997 ascendía a los \$1.207'850.71, en tanto que las obligaciones derivadas del contrato N° 160 de 1998 completaban la suma de \$80'652.296, cantidades estas que, según sus palabras, tuvieron que ser luego rectificadas por el presidente de la CNTV, en un reporte que arrojó cifras menores.

La Junta Directiva de la CNTV aceptó la renuncia de la programadora RTI S.A. –y posteriormente las de Coestrellas, Diego Fernando Londoño y otras- pero no la de Punch S.A., señalando que esta última debía, previamente, encontrarse a paz y salvo por concepto de todas sus obligaciones. Agregó que la decisión no fue unánime y que una de las comisionadas integrantes de la Junta solicitó que se revisara la decisión, puesto que la renuncia de la programadora debía aceptarse, en la medida en que ello no impediría la exigencia de la reparación del daño.

Manifestó la actora que, el 20 de junio de 2000, Punch S.A. reiteró su renuncia y le solicitó a la CNTV que le indicara las garantías que habría de exigirle a la programadora para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones pendientes, pese a lo cual, la entidad decidió declarar la caducidad de los contratos de concesión 104 y 160 mediante Resolución N° 0617 del 10 de julio de 2000, confirmada por la Resolución N° 0993 del 23 de noviembre de 2000.

Señaló que Punch S.A. no pretendió en ningún momento abstenerse de pagar las tarifas adeudadas ni omitir el cumplimiento de sus obligaciones, pues por el contrario, en varias oportunidades expuso ante la CNTV su intención de celebrar un acuerdo de pago y otorgar las respectivas garantías para saldar las deudas pendientes.

Por otro lado, en la adición de la demanda se señaló que la CNTV había liquidado unilateralmente los contratos materia de controversia cuando ya se encontraba en curso la presente actuación judicial, de manera que la administración obró sin competencia alguna.

1.2.1. Cargos de nulidad

La empresa Producciones Punch S.A. refirió como normas violadas los artículos 2, 13, 77, 83, 84 y 365 de la Constitución Política, los artículos 17 y 10 de la Ley 335 de 1996 y los artículos 3, 23, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, así como las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 del C.C.A.

Al respecto, recalcó que el derecho de renuncia de las programadoras no llevaba implícita la extinción de sus obligaciones pecuniarias ni la exigibilidad de reparación del daño, al tiempo que reprochó que la CNTV hubiera exigido como condición para la efectividad de la renuncia, el paz y salvo y otros requisitos que, según su dicho, no estaban contemplados en el ordenamiento.

En lo atinente a los actos de liquidación unilateral del contrato, argumentó que estos se fundaban en las resoluciones de declaratoria de caducidad, las cuales no se ajustaban a derecho, según lo señalado en la demanda inicial.

1.3. El proceso N° 2003-0177, referente al equilibrio económico de los contratos de concesión

1.3.1. La demanda

El 19 de agosto de 2003, la sociedad Producciones Punch S.A., obrando a través de apoderado judicial (fl. 1, c.1A), instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 6 al 226) contra la Comisión Nacional de Televisión, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare que entre la Sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN se suscribieron los contratos de concesión de espacios de televisión N° 104 de 1997 y 160 de 1998 con sus respectivos OTROSIS (sic) (...).

SEGUNDA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión indicados (...) se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia del incumplimiento de los contratos por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN al no poder garantizar ni suministrar a la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. una red de transmisión en óptimas condiciones y consecuentemente garantizar el servicio de emisión, transmisión y transporte de señal, para una debida prestación del servicio público de televisión.

TERCERA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión indicados en la declaración primera, se rompió el equilibrio económico contractual (...) al no haberse realizado oportunamente la inversión necesaria para el mantenimiento de la infraestructura, de los bienes y equipos utilizados para la emisión, la transmisión y el transporte para una debida prestación del servicio público de televisión.

CUARTA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión (...) se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia de los hechos de la administración, tales como el cambio de frecuencias, el plan de contingencia adoptado, el valor de las tarifas cobradas a la programadora y/o cualquier otro hecho de la administración que se demuestre dentro del proceso.

QUINTA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión (...) se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia de una adjudicación subjetiva y antitécnica a PRODUCCIONES PUNCH S.A.

SEXTA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión indicados en la declaración primera, se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia de la crisis económica y la disminución, en precios constantes, de la inversión publicitaria neta en televisión que afectó a PRODUCCIONES PUNCH S.A. mientras estuvieron vigentes los contratos de concesión.

SÉPTIMA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión (...) se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia del efecto que se produjo a raíz del gravamen del impuesto sobre las ventas con que se gravó la publicidad y demás gravámenes decretados durante la vigencia de los contratos.

OCTAVA: Que se declare que durante la ejecución de los contratos de concesión (...), se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia de la falta de control y vigilancia ejercida por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, en relación, entre otras causas, con: la desviación de la publicidad efectuada por las empresas vinculadas o relacionadas con los canales privados; el control de calidad técnica en la transmisión de la programación por parte de INRAVISIÓN; el control de calidad y del efecto en la recepción de la señal de los canales públicos que produjo la distribución e instalación de las antenas Log periódicas suministradas por los canales privados o terceros, y/o cualquier otra omisión o falla en el cumplimiento de sus

deberes y obligaciones que se demuestren dentro del proceso.

NOVENA: Que se declare que (...) se rompió el equilibrio económico contractual como consecuencia de cualquier otro hecho, acto omisión tanto de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN o de terceros que afectó a PRODUCCIONES PUNCH S.A. y que se encuentre probado dentro del proceso.

DÉCIMA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A., en uso de sus facultades legales de que trata el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, se vio forzada a presentar renuncia a los contratos de concesión, devolviendo los espacios de televisión que le fueron adjudicados y que en ningún caso violó la ley por hacer uso del derecho a renunciar a los espacios de televisión.

DÉCIMA PRIMERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN deberá reconocer y pagar a PRODUCCIONES PUNCH S.A. el restablecimiento del equilibrio económico contractual y la indemnización de perjuicios de todo orden que se le hubiesen ocasionado; todo lo anterior de acuerdo con lo que se pruebe dentro del este proceso (...).

En el capítulo correspondiente a los perjuicios, Producciones Punch S.A. manifestó que el daño emergente derivado del desequilibrio contractual se estimaba en \$7.475'158.415 y correspondía a las pérdidas netas reportadas por la empresa en las vigencias 1999 y 2000, excluyendo en el cálculo los ingresos y egresos correspondientes a cuentas ajenas a las concesiones y al funcionamiento operativo de la programadora. De igual manera, el daño emergente comprendió, según la actora, los “gastos y costos” de ejercicios anteriores, causados a raíz de la renuncia a los espacios de televisión y reflejados en las vigencias 2001 al 2003. Por último, en esa misma categoría de perjuicio habría de incluirse el menor valor de los ingresos recibidos por la compañía de televisión (fls. 197 y 198, c. 1A).

De otro lado, el lucro cesante se hizo consistir en las “utilidades dejadas de percibir” por Producciones Punch S.A. entre 1999 y 2003, en un monto aproximado de \$20.000'000.000.

Al exponer los hechos que fundamentaron la demanda, la parte actora refirió la celebración del contrato de concesión N° 104 del 13 de noviembre de 1997 y su objeto consistente en la entrega de unos espacios de televisión para su utilización y explotación, en la Cadena Uno. Señaló que la distribución de los espacios de televisión había sido inequitativa, al igual que el reparto de las programadoras entre los canales de televisión pública Uno y A.

Relató que el 18 de septiembre de 1997, la CNTV abrió la licitación pública para la adjudicación de los canales privados de televisión de cubrimiento nacional, proceso en el que resultaron favorecidas las empresas “Caracol y RCN”, las cuales celebraron los correspondientes contratos el 22 de diciembre de 1997 y se obligaron a iniciar transmisión, a más tardar, el 1 de julio de 1998.

Como consecuencia de la adjudicación de los canales privados de televisión, las programadoras Caracol y RCN tuvieron que renunciar a los espacios que se les había entregado para operar en los canales públicos, de suerte que la CNTV abrió la Licitación N° 003 de 1998, a fin de otorgar a otras compañías los espacios que de tal manera quedaron vacantes.

En el marco de este proceso, Punch S.A. recibió en adjudicación tres de esos espacios, otorgados en virtud del contrato N° 160 del 15 de mayo de 1998. Previamente, el 18 de marzo de 1998, la

programadora había obtenido la más alta calificación entre todas las compañías inscritas en el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión, reglamentado por la CNTV en el Acuerdo N° 33 de ese año.

Indicó como causales del rompimiento del equilibrio contractual, para ambas concesiones: i) el incumplimiento de la CNTV frente al mantenimiento de la red de televisión pública y el plan de ajuste que debió adelantar oportunamente para que estuviera en óptimas condiciones, antes de su adjudicación a Punch S.A., los demás operadores de la televisión pública y los concesionarios de los canales privados, ii) el incumplimiento de la CNTV frente a la modernización de Inravisión, iii) los cambios de frecuencias realizados por la entidad demandada, especialmente los que se llevaron a cabo en el marco del Plan de Contingencia que la CNTV adelantó con ocasión del ingreso de los canales privados, iv) la ausencia de medidas tarifarias efectivas que protegieran a los concesionarios frente a los cambios que se presentaron en el mercado por el ingreso de la televisión privada, v) la falta de vigilancia de la CNTV frente a la conducta de los concesionarios privados, violatoria del régimen de competencia en materia de televisión, vi) la crisis económica reportada en 1999, vii) el gravamen de la publicidad con IVA del 10% y, viii) la adjudicación “antitécnica” de los espacios de los canales públicos (fls. 151 al 194, c.2).

Según el libelo, para la época de las adjudicaciones, la red de televisión venía presentando deterioros debido a la falta de mantenimiento y a su estado de abandono por parte de la CNTV, situación que se hizo manifiesta cuando se adjudicó la operación de los canales privados, cuyos concesionarios adquirieron equipos modernos que les garantizaron una óptima transmisión de señal. Esta situación motivó a la entidad estatal demandada a contratar un “Plan de Ajuste”, indispensable para el reordenamiento del espectro electromagnético, pero que la ejecución de ese plan debió hacerse antes de todas las adjudicaciones y no una vez estas se hubieran dispuesto, que fue lo que ocurrió, lo cual arrojó como resultado el desequilibrio técnico para la competencia entre los concesionarios de los canales públicos y los de los canales privados.

La actora manifestó que el Plan de Ajuste de la Red Nacional de Televisión, debiendo ser un paso previo para el reordenamiento del espectro electromagnético y para el plan de utilización de frecuencias, solo fue contratado por la CNTV el 29 de abril de 1998, pese a que la urgencia del mismo se había evidenciado desde el año anterior.

Describió los pormenores del aludido contrato y sus modificaciones, así como el contenido de algunos informes rendidos durante su ejecución, relativos a las fallas encontradas en la infraestructura, en múltiples puntos y estaciones ubicadas a lo largo del territorio nacional (fls. 30 al 82, c.1A). Al referir cada una de las indicadas anomalías, fue insistiendo en que estas impedían realizar adecuadamente las transmisiones y prestar de manera óptima y continuada el servicio de televisión y que, a pesar de las quejas presentadas por Inravisión, las autoridades locales y por miembros de la comunidad desde diferentes partes del país, la CNTV no dio solución perentoria a tales inconvenientes, sino que solo a finales del año 2000 se cubrieron parcialmente algunas necesidades del servicio.

Expresó que, en el marco del Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético, mediante Acuerdo N° 21 del 16 de junio de 1997, la CNTV adoptó los Planes de Utilización de Frecuencias, decisión esta que cambió las asignaciones de las frecuencias de televisión existentes en los canales públicos y que se adoptó cuando ya se encontraba en curso la Licitación Pública N° 001 de 1997, en cuyos pliegos de condiciones nunca se incorporaron dichos planes. En esa medida, al abrirse la Licitación Pública 001 de 1997 las programadoras oferentes no tenían conocimiento de esos cambios en las frecuencias, razón por la cual no era

previsible el daño que sufrieron con ocasión de esas medidas, las cuales afectaron a una considerable cantidad de municipios en varios departamentos del país, situación que disminuyó los niveles de audiencia causando graves impactos en la comercialización de los programas de Punch S.A.

Asimismo –según la fundamentación fáctica de la demanda-, dado que los canales privados debían comenzar transmisiones y programaciones desde el mes de junio de 1998, la CNTV adelantó el que denominó “plan de contingencia”, por el cual dispuso efectuar unos cambios rápidos en las frecuencias de la Cadena Uno y el Canal A, en las principales estaciones de las ciudades en las que más se medían los índices de audiencia, todo ello con el objeto de liberar frecuencias que los canales privados pudieran entrar a operar sin problema.

La demandante explicó que, para la ejecución del plan de contingencia fue preciso intervenir más de 22 estaciones con la instalación de transmisores, antenas, offsets de precisión y otros elementos. Sin embargo, las fallas en estos procedimientos generaron múltiples interferencias, lo cual ocasionó que varios municipios quedaran sin señal de los canales públicos por haber entrado en funcionamiento los canales privados, todo ello en detrimento patrimonial de las programadoras como Punch S.A.

Simultáneamente, la instalación masiva y gratuita de las antenas Log por parte de los operadores de los canales privados, deterioró la señal de los canales públicos, situación que no fue controlada por la CNTV.

Por otro lado, la crisis económica vivida por el país en 1999 era imprevisible para las programadoras de televisión, puesto que Colombia había reportado óptimos niveles de crecimiento económico desde hacía 60 años. Al respecto, la parte actora señaló que la entrada en auge de los canales privados durante esa recesión dispersó la audiencia que estaba concentrada en los canales públicos afectando a las programadoras concesionarias de sus espacios, aspecto que fue propiciado por la CNTV de manera improvisada y sin anticiparse adecuadamente a los riesgos que luego se concretaron.

En la demanda se reiteró lo relativo a las alegadas pérdidas que comenzó a presentar Producciones Punch S.A. durante el desarrollo de los contratos, así como el punto de insostenibilidad al que llegó la crisis económica, hasta forzar a la empresa a renunciar a los espacios de televisión. En este punto, la actora refirió la expedición de las resoluciones mediante las cuales la CNTV declaró la caducidad de los contratos de concesión.

La sociedad demandante recalcó los aspectos –económicos, técnicos, contractuales y jurídicos- que consideró desventajosos para Punch S.A. y las demás programadoras de los canales públicos, en comparación con los operadores de los canales nacionales privados. Expresó que, si bien la Ley 680 de 2001 pretendió conjurar ese problema de desequilibrio e inequidad, autorizando a la CNTV para reajustar las tarifas previstas en los contratos de concesión, tales medidas no corrigieron las desigualdades existentes, porque fueron tardías e ineficaces. Por otro lado, la imposición del gravamen de IVA a los servicios de publicidad, en el equivalente al 10% - previsto en el artículo 44 de la Ley 488 de 1998- fue una medida imprevista para la compañía programadora, que le causó graves perjuicios durante la ejecución de las concesiones.

Refirió las gestiones adelantadas por las empresas concesionarias de espacios de televisión en los canales públicos, así como los intentos hechos específicamente por Punch S.A., a nivel interno y ante a la CNTV, para conjurar los efectos de toda la situación así descrita en la demanda. Frente

a ello, concluyó que a pesar de tales esfuerzos, tuvo lugar la ruptura del equilibrio económico señalada en las pretensiones del libelo.

1.3.2. Trámite de primera instancia

1.3.2.1. Mediante auto del 27 de noviembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda (fl. 252, c.1A), la cual le fue notificada a la CNTV en diligencia del 29 de abril de 2004 (fl. 256).

1.3.2.2. La Comisión Nacional de Televisión, además de exponer los argumentos esgrimidos en las demás contestaciones aquí referidas—en cuanto a la legalidad de los actos enjuiciados—, manifestó que la red nacional de televisión pública estaba en condiciones normales de funcionamiento y que era un hecho notorio que, durante la ejecución de las concesiones, la programadora Punch S.A. realizó sus transmisiones de manera regular. De igual manera, sostuvo que, ni el ordenamiento jurídico ni los contratos de concesión establecieron obligación alguna en cabeza de la entidad estatal, consistente en poner a disposición de la empresa concesionaria una red con características técnicas de calidades especiales.

En este punto, también defendió la idoneidad del Plan de Ajuste adoptado en la época de los hechos y recalcó que su objetivo era dotar de una mayor calidad y cobertura el servicio público de televisión. Agregó que no era cierto que el Plan de Reordenamiento del Espectro Electromagnético y el Plan de Ajuste tuvieran que estar totalmente implementados y ejecutados antes de la adjudicación de los espacios de televisión

Igualmente, explicó que el Acuerdo N° 21 del 16 de junio de 1997 —por el cual se adoptaron los Planes de Utilización de Frecuencias con base en la reordenación del espectro electromagnético— había sido proferido antes de darse apertura a la Licitación 001 de 1997. En todo caso —adujo—, el propósito de la Ley 182 de 1995, en cuanto a la reordenación del espectro y la subsiguiente distribución de las frecuencias, no era ajustar las redes de transmisión de los canales públicos antes de la licitación de los canales privados, sino ordenarles a las autoridades competentes que determinaran el objeto a licitar, definiendo las frecuencias que en cada caso iban a adjudicarse. Por su parte, el Plan de Ajuste de frecuencias constituía la segunda etapa del reordenamiento del espectro electromagnético y su finalidad era permitir el acceso a nuevos operadores, así como mejorar y expandir el servicio de televisión, para lo cual era necesario modificar las redes que utilizarían los operadores públicos.

A ese respecto, esgrimió que, si bien dicho plan de ajuste era consecuencia del mencionado proceso de reordenamiento y hacía parte de este, no era un requisito previo a la licitación de los espacios de los canales públicos.

Según lo expuso, el plan fue contratado con el consorcio Istronyc Ltda y Daga S.A., el cual debía venderle y entregarle a la CNTV los nuevos equipos de transmisión de televisión, los de reposición de la red secundaria y el sistema de recepción satelital, entre otros elementos, así como realizar un diagnóstico o “survey” de los equipos e instalaciones de toda la red, además de otras actividades previstas en el respectivo contrato.

En criterio de la CNTV, la parte actora incurrió en un equívoco en cuanto pretendía señalar que el diagnóstico o “survey”, al evidenciar el mal estado de la red, estaba atado o relacionado con las obligaciones contractuales de la CNTV frente a Punch S.A. En este punto, la demandada manifestó que, si el Plan de Ajuste y los resultados del “survey” hubiesen guardado alguna relación con los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998, estos habrían incluido una

cláusula que previera la obligación de la CNTV de poner a disposición de la programadora una red con determinadas características.

Señaló:

Los resultados del survey transcritos por Punch, así como las acciones tendientes a mejorar aquellos aspectos encontrados en el mencionado estudio, tenían como objetivo el progreso de la red actualmente existente, lo cual no constituía una obligación de la Comisión con los concesionarios.

En desarrollo del contrato del Plan de Ajuste se llevó a cabo la segunda etapa que correspondía al arreglo en las estaciones de alta potencia de Manjui, Lebrija, Domínguez, Cerro Kennedy (...) y las estaciones de la red secundaria asociadas a estas.

Agregó que Punch S.A. se había beneficiado con el mejoramiento realizado en el marco del Plan de Ajuste, especialmente con la actualización de los equipos de reserva en las estaciones de alta potencia y con los sistemas implementados para incrementar su vida útil, mejoras que, según afirmó, se realizaron en horas de la madrugada para no interferir con la programación normal de los canales públicos.

Respecto de los cambios en las frecuencias –referidos en la demanda-, resaltó que estos estaban previstos en el artículo 16 de la Ley 335 de 1996, norma esta que, según su dicho, le permitía a la CNTV hacer cambios en las bandas de alta frecuencia, actividad que era necesaria para la entrada de los nuevos operadores. Con base en ello, señaló que los mencionados cambios no podían entrañar una ruptura al equilibrio financiero de los contratos celebrados con Punch S.A., puesto que esa posibilidad de cambio ya estaba prevista en la ley desde antes de suscribirse tales acuerdos de voluntades.

De igual manera, sostuvo que los cambios de frecuencias realizados por la CNTV mediante Acuerdo debían someterse al procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, norma que disponía el otorgamiento de un término a los interesados, para que presentaran sus observaciones. En torno a este aspecto, manifestó que, en los archivos que sustentaban los Acuerdos 27 del 20 de noviembre de 1998 y 34 del 26 de febrero de 1998 no se evidenciaba intervención u observación alguna de Producciones Punch S.A. y, en todo caso, la CNTV había ajustado las frecuencias bajo las pautas normativas vigentes, causando un mínimo efecto en los hábitos de audiencia de los televidentes, todo ello con el propósito de optimizar el servicio de televisión.

Frente al tema del mantenimiento de la red, adujo que esa obligación estaba a cargo de Inravisión y que, tanto esa actividad como la ejecución del Plan de Ajuste por parte de la CNTV coincidieron con el plazo de duración de los contratos de concesión celebrados con Punch S.A., puesto que abarcaron el período comprendido entre el 13 de noviembre de 1997 y el 10 de julio de 2000. En todo caso –afirmó-, los cambios tecnológicos efectuados en el proceso de mantenimiento de la red incidieron positivamente en la transmisión de señal televisiva del país y, si bien algunas de las estaciones más lejanas no recibían la misma calidad de señal de las estaciones principales y las intermedias, no existía una opción diferente a la solución tecnológica implementada en ese momento por Inravisión.

Por otro lado, manifestó que no era cierto que las antenas de recepción Log, obsequiadas por los canales privados, hubieran generado pérdidas, deterioros o interferencias de señal en los canales públicos.

En lo atinente a las tarifas de las concesiones, recalcó que, si bien en las cláusulas se estableció que los reajustes a las mismas se harían de acuerdo con el IPC certificado por el DANE, lo cierto fue que mediante Resolución N° 0640 del 3 de mayo de 1999 se unificaron transitoriamente los importes de las producciones nacionales y extranjeras y, posteriormente, se dispuso mantener tales valores hasta el 31 de marzo de 2000, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución N° 1012 de 1999.

Según la demandada, solo el 13 de diciembre de 2001 se modificaron nuevamente las tarifas para los concesionarios de los canales públicos, en virtud de lo cual se fijaron valores inferiores a los que venían rigiendo.

La entidad también expresó que, en su calidad de autoridad concedente, procuró favorecer a la concesionaria Punch S.A. otorgándole mejores condiciones de pago de sus obligaciones, a tal punto que suscribió con esa sociedad varios otrosíes sobre el contrato 104 del 13 de noviembre de 1997, en los cuales se ampliaron los plazos para presentar la autoliquidación mensual y se otorgaron períodos de gracia para los correspondientes pagos.

En respaldo de todo lo anterior, relacionó varias tablas y gráficas con el propósito de ilustrar los supuestos cambios registrados por las tarifas entre los años 1997 y 2001.

En cuanto al ingreso de nuevos competidores al mercado de la televisión, señaló que esta situación no fue imprevisible para Punch S.A., como tampoco la consiguiente dispersión de la audiencia, puesto que, en la época de apertura de la Licitación N° 001 de 1997, la introducción de los canales privados era un hecho de público conocimiento y la propia programadora lo mencionó en una comunicación enviada a la CNTV durante ese proceso de selección.

Por lo demás, dio contestación a los restantes aspectos señalados por la actora como causales de ruptura del equilibrio financiero del contrato, argumentación que será referida y analizada por la Sala al resolver ese aspecto de la controversia, en la presente sentencia.

Finalmente, en reiteración de los anteriores argumentos, la CNTV propuso las excepciones de “inexistencia de desequilibrio económico”, “culpa del concesionario” y “contrato no cumplido, incumplimiento de Producciones Punch (S.A.)”.

1.3.2.3. En providencia del 1 de julio de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dio apertura a la etapa probatoria y el 12 de octubre de 2007 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión (fls. 354 y 518 c.1A).

1.3.2.4. La sociedad Producciones Punch S.A. manifestó que la entrada en operación de los canales privados no fue alegada en la demanda como causal específica de rompimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998, toda vez que la ley ya había previsto la implementación de la televisión privada y la programadora tenía conocimiento de ese cambio desde antes de participar en la Licitación Pública N° 001 de 1997, razón por la cual procuró prepararse para competir con los concesionarios de los canales privados.

Lo que realmente pretendió evidenciar en la demanda –según lo adujo- fue que, si bien los concesionarios de los canales públicos pudieron haber prestado en forma pacífica un servicio financieramente viable aun reduciendo su participación en el mercado, esa prestación óptima no fue posible porque la CNTV incumplió sus obligaciones legales y contractuales, en particular, al

no modificar adecuadamente las tarifas de las contraprestaciones pese a evidenciar que las redes estaban deterioradas, circunstancia que necesariamente causaba un impacto en la programación regular de los canales públicos.

A juicio de Punch S.A., la CNTV incurrió en una conducta reprochable al pretender que las empresas concesionarias de los canales públicos se conformaran con una red deficiente y deteriorada y que se sometieran a las consecuencias derivadas de tales fallas, manteniéndoles la obligación de pagar unas tarifas que se habían fijado partiendo de la base de que la red entregada se hallaba en óptimas condiciones.

Señaló que la entidad había inobservado el artículo 23 de la Ley 182 de 1995, en cuanto le imponía el deber de instalar, montar y poner en funcionamiento los equipos y redes que habrían de utilizar los concesionarios “para la cumplida prestación del servicio”. De igual manera, adujo que la entidad demandada también había desatendido lo dispuesto en el artículo 28 de la misma ley, en cuanto a la obligatoriedad de implementar tanto el Plan de Reordenamiento del Espectro Electromagnético como el Plan de Ajuste, antes de proceder a la apertura de la Licitación N° 001 de 1997. A la par con ello, la CNTV omitió cumplir con sus obligaciones de control y vigilancia del buen funcionamiento de la señal de televisión, al tenor de lo previsto en el Acuerdo N° 10 del 17 de enero de 1997.

En lo restante, refirió las circunstancias que, consideró, habían ocasionado la ruptura del equilibrio financiero de los contratos materia de controversia. Estas fueron, según sus alegaciones: i) las deficiencias de la red nacional de televisión pública y los supuestos incumplimientos de la CNTV en esta materia, ii) las actividades de mantenimiento de la red, iii) los alegados cambios en la utilización de las frecuencias del espectro electromagnético para televisión, iv) la distribución de antenas de recepción Log, v) las omisiones de la CNTV al abstenerse de adoptar medidas frente a la desviación de la pauta publicitaria por parte de los canales privados, vi) el gravamen de la publicidad con el impuesto de IVA, vii) el no reajuste de las tarifas derivadas de la concesión del servicio de televisión, viii) la distribución antitécnica de los espacios de televisión de los canales públicos y, ix) la recesión económica de 1999.

1.3.2.5. Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.4. Procesos 2001-00244 y 2002-00086 (desagregados)

1.4.1. De acuerdo con lo señalado en la sentencia de primera instancia, el 1 de febrero de 2001, la Aseguradora Solidaria de Colombia instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Comisión Nacional de Televisión (fl. 429, c. de segunda instancia).

1.3.2. El fallo de primera instancia también reseñó lo atinente al proceso radicado con el N° 2002-00086, correspondiente a la demanda instaurada por la Aseguradora Solidaria de Colombia contra la CNTV, con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 0515 del 23 de julio de 2001 y 0781 del 22 de octubre del mismo año (fls. 430 y 431, c. de segunda instancia).

1.4.3. Si bien los procesos antes referidos fueron resueltos en el fallo de primer grado, lo cierto es que posteriormente fueron desagregados de la acumulación por virtud de lo dispuesto en auto del 19 de octubre de 2011, en el cual se aceptó el desistimiento incondicional formulado por la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., respecto de las dos actuaciones, como más adelante se verá.

2. Acumulación de procesos y trámite de primera instancia

2.1. Mediante auto proferido el 20 de octubre de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la acumulación de los procesos antes referidos (fls. 189 y 190, c.1).

2.2. En providencia del 30 de enero de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reconoció a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. como cesionaria de los derechos litigiosos de la sociedad demandante, Agrícola de Seguros S.A. (fl. 333, c.1).

2.3. El 24 de julio de 2009, se corrió traslado de la actuación acumulada, a todas las partes, para que presentaran alegatos de conclusión (fl. 349, c.1).

2.4. La compañía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. (demandante en el proceso N° 2002-0086, desagregado) manifestó que la Resolución N° 0617 de 2000, enjuiciada, infringía el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, además de “la Constitución” (fls. 350 al 368, c.1).

2.5. Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión solicitó que se denegaran las pretensiones formuladas por los demandantes y reiteró lo expuesto en las respectivas contestaciones, en relación con la facultad de la entidad para declarar la caducidad de los contratos y la configuración de los supuestos para el ejercicio de esa potestad extraordinaria. De igual manera insistió en la procedencia y en la legalidad de la liquidación unilateral de los contratos de concesión celebrados con Producciones Punch S.A., así como en el pretendido alcance y las limitaciones que, según su dicho, tenía la facultad de renuncia que la ley les confirió a los concesionarios de los espacios de televisión (fls. 369 al 379, c.1).

2.6. A su turno, la sociedad Producciones Punch S.A. reiteró los hechos, pretensiones y cargos formulados para alegar la nulidad de las Resoluciones 0617 del 10 de julio de 2000 y 0993 del 23 de noviembre de 2000, que dispusieron la liquidación unilateral de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998. Asimismo, reiteró las supuestas infracciones normativas en que, según su dicho, incurrió la CNTV, al declarar la caducidad de los referidos negocios jurídicos (fls. 380 al 423, c.1).

2.7. En esta etapa procesal, las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada, relativa a la nulidad de los actos acusados (Proc. 2001-00310)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 25 de noviembre de 2009 (fls. 425 al 449, c. de segunda instancia), oportunidad en la cual denegó las pretensiones de nulidad de los actos administrativos acusados en todas las causas acumuladas.

El a quo señaló que, si bien era cierto que el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 les otorgaba a los concesionarios de televisión la posibilidad de renunciar a los espacios concedidos en razón de la inconveniencia de forzar la ejecución de los contratos sin la concurrencia de las condiciones necesarias para la adecuada prestación de ese servicio público, también era palmario que esa potestad no operaba “de pleno derecho” ni de manera automática, con la sola manifestación de renuncia hecha por la programadora, puesto que en esos eventos también debía observarse el debido proceso, en particular, permitiéndosele a la administración examinar y conceptuar sobre el ejercicio de tal facultad.

Consideró que la norma aludida no debía interpretarse como si en ella se estableciera un derecho que operara de manera inmediata, puesto que ello equivaldría a admitir la paralización

intempestiva del servicio sin margen alguno de decisión para la autoridad pública, al tiempo que legitimaría a un abuso de las vías del derecho por parte de los concesionarios, en detrimento del interés general.

Refirió que, en el caso concreto, la exigencia de paz y salvo por parte de la CNTV y el requerimiento de la entidad para que Producciones Punch S.A. saldara sus obligaciones pendientes fueron pronunciamientos de la entidad estatal que se ciñeron al ordenamiento y tenían vocación para impedir, al menos temporalmente, el cese de la prestación del servicio.

Estimó el Tribunal que la declaratoria de caducidad de los contratos de concesión estaba justificada por el hecho de haber procedido la sociedad Punch S.A. a paralizar indebidamente la programación de televisión, además de omitir el pago de las obligaciones causadas con posterioridad a su irregular renuncia, hasta superar el tope del 20% del valor asegurado del contrato, con lo cual, en sentir del a quo, la CNTV quedó habilitada para ejercer la mencionada potestad excepcional, la cual, además, había sido pactada por las partes.

El juzgador de primera instancia también encontró ajustadas a derecho las resoluciones mediante las cuales la CNTV liquidó unilateralmente los contratos de concesión, puesto que, en su criterio, la entidad estatal era competente para efectuar tales liquidaciones —en particular porque procedió a ello antes de que fuera presentada la demanda judicial- y relacionó adecuadamente las sumas que sirvieron como base para los cálculos pertinentes, sumas que, según lo expuso, no fueron controvertidas por la firma concesionaria, en sede administrativa. Agregó que, en el caso específico del monto establecido como valor de la cláusula penal, no solo se ajustó a las normas jurídicas aplicables sino también a lo estipulado en el contrato, de suerte que no había lugar a declarar la ilegalidad de lo que al respecto decidió la entidad, en los actos acusados.

4. Los recursos de apelación

4.1. La sociedad Producciones Punch S.A. recurrió el fallo de primera instancia (fls. 516 al 527) y argumentó que la providencia adolecía de error judicial por ser violatoria de normas de derecho sustancial.

Al respecto, señaló que no era válida ni acertada la interpretación que en la sentencia apelada se le había dado al artículo 17 de la Ley 335 de 1996, toda vez que, contrario a lo afirmado por el a quo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado habían subrayado que la facultad conferida en la norma operaba de manera inmediata y que la efectividad de la renuncia del concesionario no dependía de un acto administrativo de aceptación previamente expedido por la autoridad pública, como tampoco de otras condiciones ni de requisito adicional alguno. En este punto, subrayó que el concesionario de televisión no podía ser obligado a continuar con la prestación del servicio si se hallaba en situación de pérdida económica.

Señaló que el ordenamiento no exigía la aceptación de la renuncia por parte de la administración, como tampoco la existencia de paz y salvos, para que cobrara efectos inmediatos la devolución de los espacios televisivos por parte de la compañía programadora.

Le atribuyó a la sentencia apelada una “indebida apreciación de las pruebas”, vicio este que, a su juicio, se configuró al fundarse la valoración probatoria en una errónea interpretación normativa, de suerte que el Tribunal adoptó una visión equivocada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se profirieron los actos acusados. En concreto, señaló que no era acertado concluir, como se hizo en el fallo, que con la renuncia presentada por Producciones Punch S.A. se paralizó gravemente el servicio de televisión, a tal punto que la CNTV quedó habilitada para declarar la

caducidad de los contratos.

Así, la parte apelante reprochó tal tesis sobre la base de que las pruebas aportadas al proceso demostraban, en su sentir, el cumplimiento de la empresa concesionaria tanto en la prestación del servicio –mientras la ley la obligó a ello- como en el pago de sus obligaciones pecuniarias. Asimismo, esgrimió que la renuncia de Producciones Punch S.A. no dio lugar a un cese o paralización del servicio, como tampoco privó al ente estatal de las garantías con que contaba para reclamar los conceptos supuestamente adeudados por la firma concesionaria y para procurar la continuidad del servicio.

Manifestó que los medios de prueba, particularmente el dictamen pericial, demostraban que la deuda pendiente a cargo de Punch S.A. no superaba, en ninguno de los dos contratos de concesión, el tope del 20% del valor asegurado de tales negocios jurídicos.

Agregó que el caudal probatorio también evidenciaba la grave situación financiera por la que estaban atravesando todas las empresas programadoras de televisión, así como la conducta de la CNTV, en cuanto aceptó incondicionalmente las renunciaciones presentadas por otras compañías diferentes a Punch S.A., que supuestamente presentaban su misma situación jurídica y económica (fls. 516 al 527, c. de segunda instancia).

4.2. La compañía Suramericana de Seguros S.A. -cesionaria de los derechos litigiosos de la demandante Agrícola de Seguros S.A.- (fls. 528 al 554) presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y centró su inconformidad en el hecho de que no se hubiera reconocido que la renuncia del concesionario, prevista en la Ley 335 de 1996, era una facultad unilateral que el legislador había otorgado, en vista de la crisis económica que en la época de los hechos aquejaba al sector de la televisión.

Estimó la apelante que era errónea la interpretación dada en el fallo al artículo 17 de la Ley 335 de 1996, en cuanto le añadió requisitos no previstos en el ordenamiento a la renuncia o devolución de espacios de televisión por parte de los concesionarios.

Afirmó que el único efecto jurídico definido en la ley para el ejercicio de la facultad mencionada era la terminación anticipada del contrato de concesión, no solo porque así lo preveía la disposición normativa comentada, sino también porque, para la apelante, la lógica jurídica se orientaba fácilmente a esa conclusión.

Argumentó que, si las facultades de renuncia a la concesión y de terminación anticipada del contrato estaban previstas expresamente en el ordenamiento, no existía mérito ni fundamento jurídico alguno que justificara o hiciera válida la declaratoria de caducidad de los contratos materia de controversia. De igual manera, sostuvo que en el caso concreto, nunca se cumplieron los presupuestos para el ejercicio de esa potestad excepcional, puesto que el contrato ya había terminado antes de la decisión de la CNTV y la mora de Producciones Punch S.A. en el pago de las contraprestaciones no superaba el 20% del valor asegurado de cada contrato, según lo conceptualizado en el dictamen pericial rendido en el proceso.

Adujo que la CNTV había obrado en contra de sus propios actos, toda vez que, en su momento, aceptó sin condiciones ni exigencias las renunciaciones presentadas por otras programadoras de televisión, mientras que dio un trato desigual a Producciones Punch S.A. al imponerle cargas adicionales, inexistentes en la ley vigente (fls. 528 al 554, c. de segunda instancia).

4.3. La firma Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., que fungió como demandante en los

procesos con radicaciones 2001-00244 y 2002-00086, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. No obstante, el 29 de agosto de 2011, la indicada compañía de seguros desistió de las demandas con las cuales había incoado tales causas judiciales, desistimiento que fue aceptado mediante auto de fecha 19 de octubre de 2011 (fls. 732 y 733, c. de segunda instancia).

5. Trámite en segunda instancia

5.1 Los recursos de apelación mencionados en precedencia fueron concedidos mediante auto del 27 de enero de 2010 y admitidos en providencia del 7 de diciembre de ese mismo año (fls. 505 y 594). Asimismo, mediante auto del 4 de febrero de 2011, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en la cual Producciones Punch S.A. y la Comisión Nacional de Televisión reiteraron lo expuesto a lo largo de la actuación, mientras que la Compañía Suramericana de Seguros S.A. y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 596).

5.2. El 29 de agosto de 2011, hallándose los expedientes acumulados en sede de segunda instancia, la Aseguradora Solidaria de Colombia presentó “desistimiento incondicional” de las demandas correspondientes a los procesos con radicaciones 2001-00244 y 2002-00086 (fls. 715 al 718). Tal desistimiento fue aceptado mediante auto proferido el 19 de octubre de 2011 (fls. 732 y 733).

5.6. Como consecuencia de lo anterior, en proveído de fecha 12 de diciembre de 2011 se ordenó desagregar los cuadernos de los procesos 2001-00244 y 2002-00086 para que fueran devueltos al Tribunal de origen (fls. 735 y 736), a todo lo cual se dio cumplimiento mediante oficio N° A-2012-0031D, expedido por la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación (fl. 738).

6. La sentencia impugnada, que resolvió sobre el equilibrio económico de los contratos de concesión (proceso N° 2003-01771)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 26 de noviembre de 2009 (fls. 579 al 610, c. de segunda instancia), oportunidad en la cual dispuso:

PRIMERO: Declarar no probada la objeción por error grave propuesta por la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: Declarar no probada la objeción por error grave, propuesta por la parte demandada, en atención a la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: Negar las pretensiones de la demanda.

En criterio del a quo, la parte demandante no demostró la ruptura del equilibrio financiero de los contratos de concesión celebrados con la CNTV, puesto que, si bien allegó al proceso copia auténtica de tales negocios así como los pliegos de condiciones de las licitaciones que los precedieron, lo cierto era que también debió aportar las propuestas que presentó la programadora en los respectivos procesos de selección, ya que tales documentos resultaban indispensables, de acuerdo con la jurisprudenci, para establecer con certeza las obligaciones asumidas por ambas partes y la forma en que surgió el alegado desequilibrio en esas mutuas responsabilidades contractuales.

El Tribunal consideró, adicionalmente, que la sociedad Punch S.A. no había acreditado la ocurrencia de los hechos que adujo como causas de la alegada ruptura de la ecuación contractual,

toda vez que para ello solo aportó copias simples de unos documentos, los cuales carecían de valor probatorio por no reunir los requisitos previstos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, mientras que las pruebas que sí eran estimables en el juicio no evidenciaban de manera clara la ocurrencia de los hechos señalados en la demanda.

A lo anterior, añadió (fls. 597 y 598):

... [E]n gracia de discusión, la Sala advierte que si la parte demandante hubiera demostrado las situaciones que supuestamente generaron el desequilibrio contractual, tampoco las pretensiones invocadas estarían llamadas a prosperar, en atención a que la Sala comparte el criterio [de] que la situación material que se generó en la Televisión Nacional con la apertura de los canales privados, sus líneas de emisión y todo el proceso para adecuar el sistema a televisión pública y privada, era una situación que podía prever el concesionario para antes de la suscripción de los contratos (...), en atención a que no fue una decisión del Gobierno Nacional adoptada exclusivamente durante la ejecución de los contratos, se inició para antes de su suscripción. Adicionalmente, el mercado propio de la televisión nacional presente (sic) niveles de pérdidas y competencias presumibles o esperables, tanto así que es la misma ley la que determina que si el concesionario se enfrenta a situación de imposibilidad en la ejecución de los contratos puede renunciar a ellos, claro está cumpliendo las obligaciones propias del negocio.

En cuanto a las objeciones formuladas contra los dictámenes periciales rendidos en el proceso, señaló que los auxiliares de la justicia habían efectuado las operaciones matemáticas necesarias para definir y resolver los puntos puestos a su consideración, todo ello con base en los supuestos expuestos por las partes, de suerte que la eficacia de las conclusiones periciales se hallaba sujeta a la demostración o acreditación de los hechos sobre los cuales se fundaron. Igualmente recalco que, teniendo en cuenta la normativa procesal que regulaba tal medio probatorio, el error grave no podía consistir en meras apreciaciones personales ni en críticas subjetivas de las partes, como tampoco en la simple inconformidad de estas frente a las conclusiones expuestas por los auxiliares de la justicia.

6.1. El recurso de apelación

La sociedad Producciones Punch S.A. recurrió el fallo de primera instancia (fls. 611 al 623, c. de segunda instancia). Argumentó que la sentencia impugnada adolecía de vicios por falta de valoración probatoria, ya que el Tribunal de primer grado se había limitado a desechar las pruebas documentales aportadas en copia simple, absteniéndose de valorar los testimonios rendidos durante la actuación y los informes allegados al proceso por diferentes estamentos públicos y privados, los cuales se recaudaron mediante oficio. En esa medida, el Tribunal infringió el artículo 187 del CPC, en cuanto le impone al juez el deber de apreciar en conjunto los medios probatorios aportados a la causa y exponer razonadamente el mérito asignado a cada prueba.

En referencia a los documentos que obraron en copia simple, señaló que esa falencia solo dejaba sin acreditación la autenticidad de cada instrumento pero no desvirtuaba la veracidad de su contenido, de suerte que, al no haberse propuesto tacha ni refutación alguna contra tales elementos, debieron ser tenidos en cuenta en el análisis de fondo.

La parte actora también centró su inconformidad en el hecho de haberse señalado en el fallo que la prueba de la ruptura del equilibrio financiero de los contratos de concesión dependía inexorablemente de la propuesta presentada durante la licitación pública. Al respecto, consideró

que ese planteamiento le imponía a la demandante una tarifa legal que no estaba prevista en las normas procesales y que de tiempo atrás se había sustituido por la figura de la “sana crítica”. En todo caso –prosiguió–, la prueba mencionada fue solicitada en el proceso, aunque la entidad requerida se abstuvo de remitirla y, de cualquier manera, la ocurrencia del desequilibrio económico de los contratos bien podía estudiarse y examinarse con las pruebas que sí obraron en la causa.

Por otro lado, recalcó que el desequilibrio económico de los contratos de concesión no se había causado por el inicio de operaciones de los canales privados sino a causa de los siguientes factores: i) los cambios de frecuencias para los canales públicos, a favor de los canales privados, sin una divulgación previa por parte de la CNTV, ii) el deterioro considerable de la red pública de televisión y la “no implementación del Plan de Ajuste de la Red tal y como lo ordenaba la legislación”, iii) la adjudicación “antitécnica” de los espacios de televisión y iv), la crisis económica de 1999 (fls. 610 y 611, c. 2 del Consejo de Estado).

6.2. Trámite en segunda instancia

6.2.1 El recurso de apelación interpuesto por Producciones Punch S.A. fue concedido mediante auto del 25 de marzo de 2009 y admitido en providencia del 15 de julio de 2010 (fls. 604 y 713, c. de segunda instancia). Asimismo, mediante auto del 11 de julio de 2011, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 734).

6.2.2. En esa oportunidad procesal, la sociedad Producciones Punch S.A. reiteró que, lo que había dado lugar al desequilibrio económico de los contratos de concesión no fue la apertura de los canales privados, sino otras circunstancias puntuales, a saber: i) los cambios de frecuencias de los canales públicos, ii) las irregulares condiciones de la red de televisión pública, iii) la no implementación del Plan de Ajuste de la Red en los términos previstos por la normativa vigente y iv) la adjudicación “antitécnica” de los espacios concesionados.

Por lo demás, insistió en los argumentos de censura planteados contra la sentencia de primera instancia y señaló que dicha providencia configuraba una virtual denegación de justicia, puesto que, de manera ligera se limitaba a señalar que la parte actora había incumplido con su carga probatoria, pero se abstenía absolutamente de examinar las probanzas que sí se aportaron y se practicaron en el curso de la primera instancia.

6.2.3. Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión manifestó que, en el presente caso no había lugar a declarar la ruptura de la ecuación contractual que se alegó en la demanda, toda vez que las situaciones allí aducidas como causantes de dicho fenómeno no fueron imprevisibles para la programadora hoy demandante, en particular, porque en la época en que participó en las licitaciones públicas y celebró los contratos de concesión, Producciones Punch S.A. tenía conocimiento de las condiciones que existían para prestar el servicio público de televisión, y no tomó las medidas que procedían para afrontar las nuevas condiciones de mercado que, según su dicho, “se veían venir”.

Igualmente, la entidad demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y señaló, además, que la parte actora había incumplido con la carga de la prueba, según lo indicado por el Tribunal de primera instancia en el fallo apelado.

6.2.4. El Ministerio Público guardó silencio.

6.2.5. En providencia del 17 de septiembre de 2018, el Despacho de la Consejera ponente

decretó la acumulación de los procesos 2003-01771 y 2001-00310, por evidenciar que guardaban conexidad de partes y de pretensiones, al recaer ambas causas sobre un mismo objeto de controversia, vale decir, los contratos de concesión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998.

II.- CONSIDERACIONES

Es del caso precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que las demandas mediante las cuales se incoaron los procesos de la referencia, fueron interpuestas en 2001 y 200, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatut

.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora contra las sentencias dictadas el 25 y el 26 de noviembre de 2009 –en los procesos aquí acumulados-, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la pretendida nulidad de las Resoluciones 0617 del 10 de julio de 2000, 0993 del 23 de noviembre de 2000, 015 del 23 de julio de 2001 y 0516 del mismo 23 de julio de 2001, mediante las cuales la CNTV declaró la caducidad de los contratos de concesión de televisión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998 y procedió a su liquidación unilateral. De igual manera, se controvierte la alegada ruptura del equilibrio financiero de tales contratos.

Ahora, la actuación que en esta sentencia habrá de resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que, aun la menor de todas las cuantías fijadas en los procesos acumulados es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$143'000.00) establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la cuantía más baja fue la estimada por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., que la tasó en \$532'262.425 como monto correspondiente al valor de la póliza que garantizó el contrato de concesión N° 160 de 1998, objeto de controversia (fl. 19, c.1).

En este punto, la Sala también estima pertinente recalcar que, de conformidad con lo señalado en el auto de fecha 17 de septiembre de 2018 –que decretó la acumulación de los procesos con radicaciones 2001-00310 y 2003-01771-, las materias en las que se centra la controversia en la presente causa son pasibles de ser resueltas por esta Corporación, en segunda instancia, puesto que, si bien los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 contenían cláusula compromisoria, lo cierto es que uno de los puntos de la litis recae sobre la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad de tales negocios jurídicos, lo cual implica que se encuentren sometidos a juicio los actos en que la autoridad estatal demandada ejerció una potestad excepcional prevista en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, aspecto que, como lo ha señalado la jurisprudencia, está excluido de la competencia de los árbitro–.

En ese orden de ideas, la existencia de la mencionada cláusula compromisoria no es suficiente para sustraer la presente causa del conocimiento de esta jurisdicción, puesto que, debiendo resolverse en este juicio la legalidad de los actos expedidos por la autoridad pública en ejercicio de una potestad excepcional, también se deberán dilucidar y decidir en la misma sentencia los demás aspectos sometidos a debate frente a los mismos contratos sujetos a la declaratoria de caducidad, so pena de afectar los principios de seguridad jurídica, celeridad y economía procesal.

1.2. Legitimación en la causa

1.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que la sociedad Producciones Punch S.A. –hoy en liquidación- ostenta vocación procesal para integrar el extremo demandante, por cuanto fungió como concesionaria en los contratos materia de controversia (fls. 1 al 58, c.6).

1.2.2. Igualmente está legitimada en la causa por activa la compañía Suramericana de Seguros S.A., en su condición de cesionaria de los derechos litigiosos de la Compañía Agrícola de Seguros S.A., por haber sido esta última la aseguradora ante la cual se constituyeron las pólizas que garantizaron los contratos de concesión de televisión 104 de 1997 y 160 de 1998 (fls. 59 al 64, c.6), garantías que se ordenó hacer efectivas, en los actos administrativos que declararon la caducidad de tales negocios jurídicos.

1.2.3. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, la Sala advierte que la Comisión Nacional de Televisión (hoy suprimida) cumplió con ese presupuesto procesal, dada su condición de entidad pública que expidió los actos administrativos enjuiciados, y creada mediante la Ley 182 de 1995, atendiendo a lo que en su momento dispuso el artículo 76 de la Constitución Polític

.

El Acto Legislativo N° 2 de 2011 derogó la indicada norma constitucional y le ordenó al Congreso de la República la expedición de una ley que fijara la política del Estado en materia de televisión y estableciera la distribución de las competencias relativas a ese servicio. En tal virtud, fue expedida la Ley 1507 de 2012, por la cual se creó la Autoridad Nacional de Televisión, a la que se le otorgaron funciones en materia de concesiones (artículo 14), se le transfirió el patrimonio de la CNTV (artículo 17) y se le atribuyeron competencias para sustituir a la CNTV “en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que esta participe en cualquier calidad” (artículo 21).

No obstante, aunque en virtud de la norma en cita la Autoridad Nacional de Televisión estuvo llamada a suceder procesalmente a la extinta Comisión Nacional de Televisión como parte demandada en la presente causa, esa nueva entidad fue suprimida y entró en liquidación por disposición del artículo 39 de la Ley 1978 de 2011.

Como consecuencia, en el artículo 43, inciso segundo, de la indicada ley, se dispuso:

“[E]l Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con las competencias que se transfieren por medio de la presente ley, sustituirán a la Autoridad Nacional de Televisión en la posición que esta ocupare en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que participen en cualquier calidad”.

En ese sentido, en el presente caso se debe dar aplicación al artículo 60, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece:

... Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores del derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran...

Así, es pertinente que a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se le reconozca expresamente su condición de sucesora procesal de la Autoridad Nacional de Televisión, razón por la cual así será declarado por la Sala en la presente sentencia, a la luz del citado artículo 60, inciso 2 del CPC.

1.3. Caducidad de la acción

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, hay lugar a recalcar que, de conformidad con el artículo 136 – numeral 10 del C.C.A., en las acciones relativas a contratos que requieran liquidación, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde la firma del acta de liquidación bilateral o desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral, según el caso. De no procederse a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al término convenido por las partes o fijado en la ley para la liquidación bilateral, la caducidad comienza a correr desde la expiración del plazo con el que contaba la administración para liquidar unilateralmente el contrato, de conformidad con la norma sustancial aplicable y con las cláusulas que eventualmente hayan pactado las partes sobre este aspecto.

En el presente asunto, la controversia planteada en las demandas objeto de acumulación se centra en la pretendida nulidad de las Resoluciones 0617 del 10 de julio de 2000 y 0993 del 23 de noviembre de 2000, mediante las cuales la CNTV declaró la caducidad de los contratos de concesión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, celebrados con Producciones Punch S.A. Asimismo, se somete a juicio la legalidad de las Resoluciones 0515 y 0516 del 23 de julio de 2001, en cuya virtud, la CNTV liquidó unilateralmente dichos contratos.

Examinado el material probatorio, se advierte que la Resolución N° 0515 –relativa a la liquidación unilateral del contrato N° 104 de 1997- fue recurrida en sede administrativa por la Aseguradora Solidaria de Colombia y confirmada parcialmente por la CNTV mediante Resolución N° 781 del 22 de octubre de 2001 (fls. 450 al 470, c.6). A su turno, la Resolución N° 0516 –por la cual se liquidó unilateralmente el contrato N° 160 de 1998- también fue objeto de recurso en vía gubernativa y fue confirmada parcialmente en virtud de la Resolución N° 782, igualmente expedida el 22 de octubre de 2001 (fls. 396 al 413, c.6).

En el proceso no obró certificación de la ejecutoria de las Resoluciones 781 y 782 de 2001, como tampoco se demostró su notificación o publicación; no obstante, se advierte que en el presente caso no operó el fenómeno de la caducidad, puesto que la acción judicial fue ejercida por la parte demandante antes de que transcurrieran dos años desde el 22 de octubre de 2001, fecha en que se expidieron los indicados actos administrativos.

En efecto, el indicado término habría expirado el 23 de octubre de 2003, mientras que las demandas aquí acumuladas fueron presentadas los días 1 de febrero de 2000, 6 de julio de 2000 y 19 de agosto de 2000, razón por la cual se concluye que se instauraron oportunamente.

2. Hechos probados en la actuación

Las pruebas documentales que obran en la presente causa fueron aportadas en varios ejemplares durante el curso de los procesos aquí acumulados, por la Comisión Nacional de Televisión y por los demandantes, en copia auténtica y en copia simple, y su contenido no fue refutado ni desvirtuado por ninguna de las partes.

Al respecto y, frente a lo resuelto en la sentencia apelada acerca del valor probatorio de las copias simples, la Sala debe recalcar que, cuando los documentos aportados en copia simple han militado en el proceso sin ser tachados por las partes, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 201, en la cual se determinó, precisamente, que serían estimables como prueba los instrumentos que los sujetos procesales allegaran en copia carente de autenticación y que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por ninguno de los extremos de la litis.

Sobre el particular, se precisó:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política, negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

(...).

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

En la misma providencia se estableció que ese criterio unificado era aplicable para todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

Por tanto, en el presente caso, los documentos aportados en copia simple serán tenidos como prueba, se reitera, por no haber sido impugnado su valor probatorio, por ninguna de las partes.

Ahora, los indicados medios probatorios permiten tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

2.1. Los contratos de concesión y sus modificaciones

- En 1997, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) abrió la Licitación Pública N° 001, con el objeto de otorgar concesiones de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública Cadena Uno y Canal A (fls. 280 al 342, c.6). Señaló que el régimen jurídico de ese proceso de selección estaría contenido en las Leyes 42 de 1985, 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996, además del Acuerdo N° 020 del 5 de junio de 1997 –por el cual la misma entidad había reglamentado las condiciones, mecanismos y procedimientos de las licitaciones públicas relativas a las concesiones de televisión-. De igual manera, indicó que, en lo no previsto en tales disposiciones, se aplicaría la Ley 80

- de 1993 y las normas que la reglamentaran, modificaran y/o sustituyeran (fl. 287, c.6).
- De conformidad con el numeral 2.1.1 del documento licitatorio, se otorgarían en concesión 193 espacios en la Cadena Uno y 216 en el Canal A (fls. 301 al 313, c. 6).
 - La entidad estatal fijó en el pliego de condiciones –numeral 2.1.2.- la clasificación de los espacios de televisión según su horario y franja de audiencia (infantil, familiar y adultos), al tiempo que advirtió que esa clasificación podría ser modificada de manera unilateral por la misma Comisión, “de conformidad con las leyes y reglamentos” (fl. 312, c.6).
 - En el numeral 2.3 del pliego de condiciones se establecieron las tarifas que regirían en 1998 para la concesión de espacios de televisión, atendiendo a su clasificación, así (fl. 314, c.6):

(Cuadro N° 1)

Espacio	Nacional	Extranjero
AAA	\$ 2.632.168	\$ 3.988.279
AA	\$ 2.335.069	\$ 3.539.880
A	\$ 2.016.705	\$ 2.989.114
BB	\$ 1.407.738	\$ 2.000.571
B	\$ 808.321	\$ 1.103.360
C	\$ 602.930	\$ 904.395
D	\$ 516.798	\$ 645.997

Advirtió la CNTV que las indicadas tarifas podrían ser reajustadas unilateralmente, durante la ejecución de los contratos de concesión, sin que tales reajustes pudieran ser inferiores al índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, aunque también señaló:

En todo caso, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta el comportamiento del mercado publicitario, por votación calificada de sus miembros, podrá efectuar los reajustes con base en otros factores.

- Mediante Resolución N° 519 del 27 de octubre de 1997, la CNTV adjudicó los espacios de televisión referidos en la Licitación Pública N° 001 de ese año (fls. 343 al 390, c.6).

En el caso particular de los espacios de la Cadena Uno, se adjudicaron 117 horas distribuidas entre 13 programadoras favorecidas, entre estas, Producciones Punch

S.A.— Por su parte, de los espacios del Canal A se adjudicaron 113 horas, distribuidas entre 13 programadora—

(fls. 380 al 389, c.6).

- En virtud del contrato de concesión N° 104, celebrado el 13 de noviembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) le otorgó a la sociedad Producciones Punch S.A. 19 espacios de televisión de la Cadena Uno, para que fueran utilizados y explotados por la programadora en los horarios allí especificados (fls. 1 al 3, c. 6). De conformidad con la cláusula tercera del contrato, el plazo de la concesión sería de seis años improrrogables, comprendidos entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2003.
- En la cláusula octava del contrato, Producciones Punch S.A. se comprometió a cumplir mensualmente con unos porcentajes mínimos de producción nacional, que oscilaron entre el 40% y el 70% de la programación en cada una de las franjas horarias allí determinadas, a excepción del interregno comprendido entre las 00:00 y las 10:00 horas de cada día, en el cual la programación sería 100% libre (fls. 6 y 7, c.6).
- En cuanto al valor del negocio jurídico, las partes señalaron que, “para todos los efectos”, se estimaría en la suma de \$20.884'271.696 (fl. 6, c.6).

La cláusula sexta reguló lo relativo al pago de las contraprestaciones causadas a favor de la CNTV y a cargo de la programadora. Así, se estableció que la concesionaria tendría un plazo de 75 días calendario –contados a partir del día 15 del mes siguiente a aquel en que se causó la obligación- para realizar el pago respectivo, previa facturación hecha por la entidad estatal. De igual manera, se previó un descuento del 3% del valor de la factura, para cuando la programadora pagara dentro de los 15 días siguientes al retiro del título de cobro.

Con respecto a la mora en que eventualmente incurriera la concesionaria, pactaron las partes (fl. 6, c.6):

Durante los últimos treinta (30) días calendario de los setenta y cinco (75) días calendario que se tienen de plazo para efectuar el pago, se causará a favor de la COMISIÓN un interés remuneratorio equivalente al corriente bancario vigente en dicho plazo. Vencido este plazo, se causará a favor de la COMISIÓN un interés moratorio equivalente al doble del bancario corriente vigente en el momento en que se incurra en mora, sin sobrepasar el tope máximo señalado por la ley.

- En la cláusula décima cuarta, se pactó la obligación a cargo de Punch S.A., de garantizar el cumplimiento del contrato con una póliza expedida por una compañía debidamente autorizada, por el equivalente al 20% del valor del contrato. Asimismo, de conformidad con la cláusula décima quinta, la firma concesionaria habría de reponer la garantía cuando su valor se viera afectado por razón de siniestro.
- La cláusula décima sexta del negocio jurídico estableció (fl. 9, c.6):

Cuando surjan motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato, que hicieren necesaria la interpretación, modificación y terminación unilateral de este, se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993.

- Por su parte, la cláusula décima séptima previó a favor de la CNTV la facultad de declarar la caducidad del contrato mediante acto administrativo motivado, así

como la potestad de darlo por terminado unilateralmente y ordenar su liquidación en el estado en que se encontrara. Para que operaran tales prerrogativas, se establecieron en el contrato varias causales, entre estas, “las previstas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993” y que el monto de la deuda en mora de la concesionaria excediera el 20% “del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato” (fl. 10, c.6).

Igualmente, las partes incluyeron en el contrato una cláusula penal pecuniaria, la cual sería aplicable en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento y equivaldría al 20% del valor del contrato. Al respecto, se indicó en la cláusula décima octava contractual (fls. 10-11, c.6):

Penal pecuniaria. En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, el concesionario se sujeta a la pena de pagar directamente a la Comisión la suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. La Comisión podrá tomar este valor de la garantía de cumplimiento constituida, o cobrarlo directamente o por las vías judiciales. El pago de esta suma se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la Comisión. El pago de esta suma no exime al concesionario del cumplimiento de dichas obligaciones ni excluye el cobro de los demás perjuicios que hubiere sufrido la Comisión.

- En las cláusulas vigésima y vigésima primera, se estipuló que el contrato sería liquidado por mutuo acuerdo entre las partes una vez se cumpliera su objeto o, a más tardar, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación de la concesión. De llegar a fracasar tal etapa, el negocio jurídico sería liquidado de manera directa y unilateral por parte de la CNTV (fl. 11, c.6).
- El 3 de mayo de 1999, las partes suscribieron el otrosí N° 1 al contrato de concesión N° 104 de 1997. En virtud de tal modificación –que recayó en la cláusula sexta del contrato inicial-, se estableció que la liquidación de los conceptos causados a favor de la CNTV en cada mensualidad ya no sería efectuada por la entidad estatal sino por la empresa concesionaria, atendiendo a la clasificación de los espacios de televisión, las tarifas vigentes y el origen de la producción –es decir, dependiendo de que esta fuera nacional o extranjera-. En el evento en que la “autoliquidación” no se presentara dentro de los 15 días calendario de cada mes, el cálculo del valor de las obligaciones se efectuaría por la CNTV.

Adicionalmente, se previó la ampliación del plazo para el pago a 180 días calendario, contados a partir del vencimiento del término para presentar la autoliquidación (fls. 14 al 23, c.6) y se estableció que durante los últimos 90 días de los 180 pactados como término para el pago, se causaría a favor de la CNTV un interés remuneratorio equivalente a la tasa de depósito a término fijo DTF, adicionada en 4 puntos efectivos anuales. Vencido dicho plazo, el interés causado se adicionaría en 10 puntos efectivos anuales.

El otrosí N° 1 también modificó la cláusula séptima del contrato, en cuanto señaló que la declaratoria de caducidad del contrato procedería no solo cuando la mora de Punch S.A. en el pago de sus obligaciones pecuniarias excediera el 20% del valor asegurado por la garantía, sino también cuando la mora de la contratista excediera de 180 días (fl. 21).

En acápite introductorio del otrosí N° 1, las partes refirieron las circunstancias que ameritaron la modificación del contrato, en punto de lo cual, se expresó (fls. 14 y 15, c.6):

... [L]os concesionarios de los espacios públicos de televisión han elevado solicitud a la COMISIÓN, en el sentido de que se revisaran algunos aspectos vinculados a las condiciones de ejecución de los contratos (...), para lo cual solicitaron que se tuviera especialmente en cuenta la actual coyuntura que registra el sector de televisión y que aún persiste, en cuanto a la situación del mercado, que ha venido registrando una baja significativa del nivel de pautas publicitarias vendidas, así como también las tendencias que se advierten en el comportamiento de la audiencia de los espacios públicos de televisión.

Se señaló que la CNTV había examinado la información entregada por los concesionarios, lo cual le permitió establecer la necesidad de “introducir cambios”, no solo al contrato de concesión sino también a la forma de ejercer sus funciones legales y constitucionales, especialmente en relación con la fijación unilateral de las tarifas a cargo de la empresa concesionaria.

- El 27 de octubre de 1999, la CNTV y Producciones Punch S.A. suscribieron el otrosí N° 2 del contrato N° 104 de 1997, en virtud del cual establecieron nuevamente los plazos para la autoliquidación de las contraprestaciones, su subsiguiente pago y el porcentaje del descuento por cumplimiento oportuno. De esta manera, a la luz del parágrafo tercero de la cláusula sexta del contrato, a partir del 1 de abril de 2000, el plazo definitivo para saldar las obligaciones pecuniarias de Punch S.A. quedó fijado en 75 días, mientras que el término de causación de intereses remuneratorios correría durante los últimos 30 días del total del plazo indicado para pagar. Por otra parte, se precisó que el descuento por pronto pago equivaldría al 3% del valor de la obligación respectiva. Así, tal modificación fue planteada en términos idénticos a los expresados en el otrosí N° 1, salvo en la fecha a partir de la cual sería aplicable, pues mientras en el otrosí N° 1 se señaló que operaría desde el 1 de noviembre de 1999, en el otrosí N° 2 se pactó como fecha inicial, el 1 de abril de 2000.

En las consideraciones del otrosí N° 2, se señaló que los concesionarios de televisión le habían solicitado a la autoridad estatal una nueva revisión de la situación económica que, según refirieron, atravesaba en ese momento ese sector de servicios. Seguidamente, se indicó que la entidad estatal había resuelto adoptar las medidas previstas en el otrosí N° 2, por haber verificado que, en efecto, “la difícil situación económica del país” había repercutido en el sector de la televisión pública, en la forma descrita por los concesionarios (fls. 24 y 235, c.6).

- El 3 de abril de 2000, las partes suscribieron el otrosí N° 3 al contrato de concesión N° 104 de 1997, por el cual determinaron el contenido del parágrafo tercero de la cláusula sexta contractual en los mismos términos fijados en el otrosí N° 2, pero precisando que tales plazos operarían a partir del 1 de julio de 2000 (fl. 25).

En las motivaciones del contrato, se indicó que la Junta Directiva de la CNTV había decidido prorrogar hasta el 30 de junio de 2000 la vigencia de la Resolución N° 0640 del 3 de mayo de 1999, en lo atinente a las medidas de alivio otorgadas a

los concesionarios.

- A efectos de garantizar el cumplimiento del contrato de concesión N° 104 de 1997, Producciones Punch S.A. constituyó ante la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., la póliza N° 064329, en la cual se fijó como valor asegurado la suma de \$4.176'854.340 (fls.64 al 71, c.6). Esta garantía fue renovada por la empresa concesionaria para amparar las obligaciones contraídas en virtud de los otrosíes 1, 2 y 3 del indicado contrato de concesión (fls. 69 al 71).
- La Comisión Nacional de Televisión también adelantó la Licitación Pública N° 003 de 1998, para el otorgamiento de nuevas concesiones de espacios de televisión en los canales públicos Uno y A (fls. 153 al 202, c.3A). Según lo señalado en el pliego de condiciones, la nueva contratación obedecía a que las empresas Caracol Televisión S.A., Radio Cadena Nacional S.A. y Televideo S.A. habían renunciado a los espacios que se les había otorgado al adjudicarse la Licitación Pública N° 001 de 1997 (fl. 158).

La entidad estatal indicó en el pliego la clasificación de los espacios que se adjudicarían y advirtió que ese ítem podría ser modificado de manera unilateral por la misma Comisión, de conformidad con las leyes y reglamentos. Por su parte, las tarifas establecidas serían las mismas que se fijaron en la Licitación Pública N° 001 de 1997, aplicables en la vigencia 1998.

- El 15 de mayo de 1998, se celebró entre las mismas partes el contrato de concesión N° 160, en virtud del cual, la CNTV le otorgó a Producciones Punch S.A. tres espacios de televisión pública –no contenidos en el contrato N° 104 de 1997- para que fueran utilizados y explotados, igualmente, en la Cadena Uno. El valor del contrato se estimó en la suma de \$2.661'312.126 y su vigencia sería de seis años contados entre el 1 de julio de 1998 y el 30 de junio de 2004 (fls. 30 al 42, c.6).

En el documento contractual se refirieron los antecedentes de ese negocio jurídico y se señaló (fl. 32):

... [P]or Resolución N° 318 de 5 de mayo de 1998 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se le adjudicaron a PRODUCCIONES PUNCH S.A. los espacios en la CADENA UNO que se indican en la Cláusula Primera del presente contrato, previo el cumplimiento del procedimiento y de los requisitos de la Licitación Pública N° 003 de 1998.

- La forma y los plazos para el pago de las contraprestaciones causadas a favor de la CNTV, el deber de constituir una póliza de cumplimiento que amparara el 20% del valor del contrato, el descuento por pronto pago, la liquidación del negocio jurídico y la obligación de garantizar porcentajes mínimos de programación nacional se acordaron y establecieron en los mismos términos plasmados en el contrato N° 104 de 1997. De igual manera, en uno y otro negocio jurídico se recalcaron los fines y principios del servicio público de televisión, así como la potestad de la CNTV para declarar la caducidad del contrato, entre otros eventos, cuando el monto de la deuda en mora de la firma concesionaria excediera el 20% del “valor asegurado” por la garantía, y la operación de la cláusula penal en caso de que se ejerciera esa potestad excepcional.
- El contrato de concesión N° 160 del 15 de mayo de 1998 también previó una cláusula penal pecuniaria equivalente al 20% del valor total del contrato, aplicable

en caso de incumplimiento y/o declaratoria de caducidad.

- La garantía de cumplimiento del contrato de concesión N° 160 de 1998 fue constituida con la póliza N° 98032929, expedida por la compañía Agrícola de Seguros S.A. (fls. 60 al 63, c.6).
- Las partes modificaron el contrato N° 160 de 1998 con la suscripción de los otrosíes 1, 2 y 3 –de fechas 3 de mayo de 1998, 27 de octubre de 1999 y 3 de abril de 2000, respectivamente-, relativos a la forma y los plazos en que se debía calcular y pagar la contraprestación fijada a cargo de la sociedad concesionaria, así como los respectivos intereses. Estos aspectos se modificaron en los mismos términos previstos en los otrosíes firmados sobre el contrato de concesión N° 104 del 13 de noviembre de 1997 (fls. 43 al 58, c.3A).
- Por otro lado, aunque, a la par con la licitación y celebración de los anteriores contratos, la CNTV expidió la Resolución N° 424 del 18 de septiembre de 1997, mediante la cual ordenó la apertura de la Licitación Pública N° 003, con el fin de otorgar las concesiones “para la Operación y Explotación de los Canales Nacionales de Operación Privada”. En la parte motiva del acto administrativo, la entidad refirió que los requisitos, condiciones, mecanismos y procedimientos de tales concesiones, habían sido definidos en el Acuerdo N° 023 del 26 de junio de 1997 (fls. 1 al 2, c. 2A T.7).

2.2. Las medidas tarifarias

- Mediante Resolución N° 018 del 16 de enero de 1998, la Comisión Nacional de Televisión estableció las tarifas que regirían en esa anualidad para la concesión de espacios de televisión (fls. 59 al 60, c.3A). A su vez, las tarifas que habrían de aplicarse durante 1998 fueron establecidas por la entidad estatal en Resolución N° 673 del 23 de diciembre de 1997, acto administrativo en el cual se señaló que los valores allí indicados correspondían a las tarifas señaladas en la Licitación Pública N° 001 de 1997 (fls. 70 y 71).
- En el curso de la Licitación N° 001 de 1997, dentro de la etapa prevista para ese efecto, Producciones Punch S.A. solicitó que se aclarara, entre otros, el numeral 2.3 del pliego de condiciones –atinenta a las tarifas de la concesión-, en los siguientes términos (fl. 137, c. 13):

A partir del 1 de enero de 1998, estarán operando 4 canales a nivel nacional y varios canales locales y regionales, por tanto, les solicitamos nos den los estudios y las consideraciones que tuvieron en cuenta para determinar el valor de los espacios de televisión. Teniendo en cuenta que la CNTV, con estas adjudicaciones, por lo menos triplicará la oferta y que dentro de sus obligaciones está la de garantizar lo dispuesto en el literal g del Artículo 5 de la Ley 182 de 1995 (...) solicitamos [que] se nos indique si la facultad de la Junta Directiva de la Comisión para reajustar las tarifas con base en el comportamiento del mercado publicitario implica un reajuste para aumentar dichas tarifas y también para disminuirlas si así lo considera pertinente.

Al respecto, la CNTV -al absolver las solicitudes de aclaración presentadas por todos los proponentes- manifestó que, tal como lo establecía el pliego de condiciones, la junta directiva de la entidad podría “efectuar los reajustes a las tarifas con base en factores distintos al IPC”. En este punto, expuso que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española definía el verbo

“reajustar”, hablando de precios, salarios o impuestos, como la acción de “aumentarlos o disminuirlos” (fl. 148, c. 13).

- Como se señaló de manera precedente, los espacios de televisión de los canales públicos Uno y A, licitados en 1997 les fueron adjudicados a Producciones Punch S.A. y a otras programadoras en virtud de la Resolución N° 519 del 27 de octubre de 1997, en tanto que el contrato respectivo, celebrado entre la CNTV y la hoy demandante, fue suscrito el 13 de noviembre de ese año.
- En Resolución N° 0115 del 16 de febrero de 1999 -anterior al otrosí N° 1 del contrato 104 de 1997-, la CNTV estableció las tarifas que operarían en 1999 para la concesión de los espacios de televisión, definiendo el valor causado por cada espacio de media hora. Las sumas establecidas fueron las siguientes (fls. 180 y 181, c.6):

(Cuadro N° 2)

Espacio	Nacional	Extranjero
AAA	\$ 3.071.740	\$ 4.654.322
AA	\$ 2.725.026	\$ 4.131.040
A	\$ 2.353.495	\$ 3.488.296
BB	\$ 1.642.830	\$ 2.334.666
B	\$ 943.311	\$ 1.287.621
C	\$ 703.619	\$ 1.055.429
D	\$ 603.103	\$ 753.838

- En Resolución N° 0640 del 3 de mayo de 1999, la CNTV modificó las tarifas mencionadas, en cuanto las unificó, transitoriamente, para los programas nacionales y extranjeros. Tal unificación operaría entre la fecha del acto administrativo y el 1 de octubre de 1999, con los siguientes valores:

(Cuadro N° 3)

Espacio	Nacional	Extranjero
AAA	\$ 3.071.740	\$ 3.071.740
AA	\$ 2.725.026	\$ 2.725.026
A	\$ 2.353.495	\$ 2.353.495
BB	\$ 1.642.830	\$ 1.642.830
B	\$ 943.311	\$ 943.311
C	\$ 703.619	\$ 703.619
D	\$ 603.103	\$ 603.103

En las motivaciones de su decisión, la CNTV relató:

... [L]os concesionarios de espacios públicos de televisión solicitaron a la Comisión Nacional de Televisión adoptar medidas en relación con el régimen tarifario aplicable, teniendo en cuenta que, como consecuencia de la adversa coyuntura por la que atraviesa la economía colombiana, se ha producido una significativa reducción en la venta de pautas publicitarias, con los consiguientes efectos en los resultados operacionales de los concesionarios, lo cual pone en peligro la subsistencia de la televisión pública en Colombia

Manifestó que, examinada la solicitud de los concesionarios junto con las pruebas existentes, había encontrado procedente suspender de manera transitoria la tarifa diferencial que existía entre los programas de producción nacional y los de producción extranjera, por un período que estimaba razonable para superar los efectos adversos de la coyuntura económica que en ese momento se estaba presentando en el sector de la televisión pública.

La vigencia de la Resolución N° 0640 de 1999 fue prorrogada en cinco oportunidades –la última hasta el 31 de diciembre de 2000-, en virtud de lo dispuesto por la CNTV en las Resoluciones 1012 del 30 de septiembre de 1999, 0144 del 9 de marzo de 2000, 0553 del 28 de junio de 2000, 0724 del 18 de agosto y 0823 del 15 de septiembre de 2000 (fls. 154 al 226, c.6).

Según las consideraciones expuestas en la Resolución N° 0724 de 2000 (fl. 219), los concesionarios de los canales públicos habían solicitado la prórroga de las “medidas de alivio” que estaban vigentes, mientras se adoptaba una solución definitiva a la coyuntura desfavorable del sector de la televisión. La entidad

también señaló que, si bien estaba previsto que el 15 de agosto de 2000 se señalarían las nuevas tarifas, ello no había sido posible debido a la desintegración de la Junta Directiva de la CNTV, razón por la cual, en sesión extraordinaria del 18 de agosto de ese año, se dispuso prorrogar las medidas existentes hasta el 15 de septiembre siguiente.

No obstante, en la Resolución N° 823 del 15 de septiembre de 2000 se señaló que la Junta Directiva de la CNTV había establecido la conveniencia de continuar aplicando las tarifas y la clasificación de espacios, vigentes en ese momento, hasta el 31 de diciembre de 2000 o hasta tanto se adoptara una decisión definitiva sobre estos aspectos (fls. 223 y 224, c.6).

- En el mes de junio de 2000, el Instituto Ser de Investigación presentó ante la CNTV un “modelo para la definición de tarifas de los concesionarios de los canales públicos 1 y A” (fls. 242 al 371, c. 2A, T.7), en virtud de una obligación previamente asumida con la CNTV (fl. 372, c.2A T.7):

En el comentado estudio, el instituto conceptuó que la fuente de ingresos utilizada por los concesionarios para cubrir sus costos y obtener una rentabilidad, era la inversión neta publicitaria, cuyo ritmo de crecimiento era proporcional y paralelo al de la economía del país. A su vez, los ingresos de los concesionarios eran los que les permitían a estos, cumplir con el pago de las tarifas causadas a favor de la CNT (Fl. 251, c.2A T.7).

A manera de diagnóstico previo sobre la incidencia de las tarifas aplicadas hasta esa época en la concesión de los espacios de los canales públicos, el instituto consultor manifestó (fl. 153, c. 2A T.7):

Las tarifas que rigen para la televisión pública fueron fijadas por Inravisión desde hace muchos años y no han sido objeto de revisión en forma reciente. No existen antecedentes de la metodología que se utilizó para calcularlas; simplemente se ha venido actualizando en forma anual bajo diferentes esquemas, siempre en cifras por lo menos iguales al IPC. La CNTV, en 1999, también introdujo algunas variaciones orientadas a aliviar la situación financiera de los concesionarios.

Las empresas estatales, Inravisión incluida, no han sido una muestra de eficiencia; por el contrario, las privatizaciones han demostrado que se aumenta la eficiencia, se incrementa la oferta y se disminuyen los precios.

Las tarifas deben fijarse en base a (sic) una porción de los costos de operación e inversión de Inravisión; el problema radica en que la porción de costos que se debe aplicar no es fácil de calcular (...).

En el diagnóstico previo al modelo propuesto en el documento, igualmente se señaló:

Las tarifas que actualmente se tienen para los concesionarios de los espacios que otorga la Comisión Nacional de Televisión vienen desde la época en la cual INRAVISIÓN tenía este control; se han venido aumentando anualmente sin cuestionar sus bases o su justificación (...).

El ingreso de los canales privados, los canales regionales, el Canal Capital,

TeveAndina y CityTV, han modificado por completo el panorama de la televisión nacional con respecto a la situación de un monopolio que existía hace unos pocos años (...).

La pauta comercial no necesariamente crece con el número de canales, lo que implica que una cantidad similar de publicidad debe repartirse entre un mayor número de canales, lo que implica que una cantidad similar de publicidad debe repartirse entre un mayor número de posibilidades de oferta de espacio. Se agrega a esto la situación de televisión por cable, que a pesar de no tener pauta publicitaria sí capta una buena cantidad de audiencia, lo que disminuye la audiencia potencial de los canales que venden la publicidad en sus espacios.

Señaló que, esta situación, aunada a la entrada y acogida de los canales privados, llevó a que los concesionarios de los canales públicos tuvieran que enfrentar una situación económica compleja que condujo, en la mayoría de los casos, a su propia quiebra. Sin embargo, el estudio también indicó:

De todas formas, cuando los concesionarios de espacios de los canales 1 y A participaron en la licitación de espacios, tenían el conocimiento de que se avecinaba la 'apertura' en televisión con el ingreso de los canales privados, tal como ocurrió con la apertura en el resto de negocios del país, que vieron una competencia adicional a la cual no se habían enfrentado antes; es decir, la lucha por conseguir la pauta era una lucha previamente anunciada.

- En documento anexo al modelo tarifario aquí referido, el Instituto Ser de Investigación refirió algunas bases específicas de su estudio y manifestó, por una parte, que para el mes de mayo de 2000, la situación financiera de los concesionarios revestía tal gravedad, que aun con tarifas equivalentes a cero (\$) sería imposible su recuperación, mientras que, por otro lado, la inversión publicitaria neta no podía ser suficiente para proporcionar ingresos a los cuatro canales nacionales (los dos canales públicos y los dos de operación privada) (fl. 243, c. 2A T.7).

2.3. Clasificación de los espacios

- Mediante Resolución N° 1013 del 30 de septiembre de 1999, la entidad estatal modificó la clasificación establecida en el pliego de condiciones de la Licitación N° 001 de 1997 respecto de los espacios de televisión, según su horario y franja de audiencia. De igual manera, advirtió que la nueva clasificación tendría vigencia hasta el 29 de febrero de 2000, fecha en la cual se aplicaría nuevamente lo dispuesto al respecto en el pliego de condiciones.

En las consideraciones de este acto administrativo, la Comisión refirió que los concesionarios de televisión habían solicitado la adopción urgente de medidas, frente a la situación desfavorable que estaba presentando ese sector, debido a la baja significativa en el nivel de pauta publicitaria y las tendencias descendentes que se estaban evidenciando en el comportamiento de la audiencia, al punto de poner en peligro la subsistencia de la televisión pública en Colombia.

La entidad señaló que, un estudio realizado por la sociedad Inversiones e Ingeniería Financiera S.en C. –contratado por la CNTV en atención a la solicitud efectuada por los concesionarios- había evidenciado que, en efecto, entre junio de

1998 y junio de 1999, el rating por persona había disminuido significativamente en los canales comerciales de operación pública y que, paralelamente, en ese mismo período, los resultados financieros de los concesionarios se habían deteriorado “en forma importante”.

Luego de referir el mencionado informe, la Comisión concluyó que era evidente la difícil situación de los canales públicos y sus programadoras, dada la reducción de la inversión publicitaria en el sector de la televisión y la subsiguiente desmejora en la participación por franjas. Asimismo, señaló que el Congreso de la República había citado a los miembros de la Junta Directiva de la CNTV para los días 8 y 23 de septiembre de 1999, a fin de que expusieran las medidas que la entidad estaba adoptando para garantizar la prestación continua del servicio, teniendo en cuenta la situación económica de la industria de la televisión.

Aunque no señaló cuál fue la respuesta brindada por la CNTV ante el Congreso de la República, sí indicó:

... [D]espués de evaluar la solicitud presentada y sopesar los elementos probatorios aportados por los concesionarios de espacios de televisión (...) y los estudios realizados, contratados y analizados por la Comisión Nacional de Televisión, se ha encontrado procedente modificar la clasificación de los espacios según su horario y franja de audiencia potencial, medida que se adopta por un término que se juzga razonable, con base en los mencionados estudios, para superar los efectos adversos que la actual coyuntura ha generado en los concesionarios y de esa forma garantizar la prestación del servicio (...) y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación.

No obra prueba de que este acto hubiera sido recurrido por Producciones Punch S.A. o por algún otro concesionario de espacios de televisión en los canales públicos.

La vigencia de la Resolución N° 1013 de 1999 fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2000, en virtud de lo dispuesto por la CNTV en la Resolución N° 0130 del 29 de febrero de ese año (fls. 162 al 164, c.6).

En esta oportunidad, la Comisión señaló que, según los resultados del seguimiento económico efectuado por la Superintendencia de Sociedades a los concesionarios de televisión, los ingresos operacionales de estas programadoras disminuyeron en un 25% entre el 31 de diciembre de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, mientras que los pasivos se incrementaron en un 16% y su nivel de endeudamiento aumentó en un 60% “para el conjunto de sociedades”. El seguimiento –referido en el acto administrativo de la CNTV- también reveló una pérdida final “cercana a los \$11.000 millones, para el conjunto de las empresas durante los primeros nueve meses del año 1999” y concluyó que, de continuar la tendencia de esos resultados, muy pocas empresas podrían subsistir en el medio televisivo, en el corto plazo (fls. 162 y 163, c.6).

- En Resolución N° 0554 del 28 de junio de 2000, la CNTV prorrogó nuevamente la vigencia de la Resolución N° 1013 de 1999, hasta el 15 de agosto de 2000, fecha en la cual –según se indicó- la entidad expediría un nuevo régimen tarifario para todos los concesionarios de televisión, lo cual incidiría en la clasificación de

los espacios, allí regulada (fl. 217, c.6). Sin embargo, el 18 de agosto de 2000 la CNTV expidió la Resolución N° 0725, en la cual dispuso mantener hasta el 15 de septiembre de 2000 las soluciones previstas en la Resolución 1013, por haber evidenciado la necesidad de esa prórroga, dado que el 15 de agosto de 2000 no fue posible establecer nuevas medidas, en razón a la desintegración de la Junta Directiva de la Comisión, ocurrida para esa época (fls. 221 y 222, c.6).

El 15 de septiembre de 2000 –Resolución N° 0822-, la CNTV dispuso mantener la clasificación de espacios vigente, hasta el 31 de diciembre de 2000 o hasta que la entidad adoptara una decisión distinta (fls. 223 y 224, c.6).

- En los informes de seguimiento económico que la Superintendencia de Sociedades realizó, durante el año 2000, a las empresas productoras de televisión en los canales públicos, se indicó que, una de las causas que dieron lugar a la crisis que enfrentaron, fue la “dificultad para realizar una programación en franja”, por cuanto ello les restó competitividad a los Canales Uno y A (fl. 277, c. 2A T. 8).

2.4. La red de televisión y su mantenimiento

- Entre noviembre de 1998 y febrero de 2000, se presentaron quejas por interferencias en la señal de los canales públicos, provenientes de los municipios de Bello (Antioquia) y Cogua (Cundinamarca), así como de la ciudad de Bogotá (fls. 281 al 286, c.1 A. T.6). En ese mismo lapso, la Comisión Nacional de Televisión, el Ministerio de Comunicaciones, Inravisión y algunos contratistas de estas entidades recibieron 55 quejas formuladas por los concejales, alcaldes y ciudadanos de Bogotá y de distintos municipios de todo el país, por fallas en la señal de los canales públicos de televisión y, en algunos casos, por ausencia total de la misma (fls. 185 al 341, c. 2A T.5).

La CNTV dio respuesta a todas esas peticiones, manifestando que las interferencias y demás fallas técnicas obedecían a algunos deterioros y desperfectos en los equipos de televisión, los cuales estaban en proceso de reparación en el marco del Plan de Ajuste de la red pública.

- El 29 de abril de 1998, la CNTV celebró con el consorcio Istronyc Ltda. y Daga S.A. el contrato N° 151, para la “venta, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos y demás componentes, obras y servicios requeridos para la implementación completa del Plan de Ajuste de la red de televisión” (fls. 229 al 247, c.6).

De conformidad con la cláusula primera del indicado acuerdo de voluntades, el consorcio asumió –bajo la modalidad llave en mano- las siguientes obligaciones (fls. 231 y 232):

... [V]ender y entregar a la COMISIÓN los equipos de transmisión de televisión, sistemas de recepción satelital, equipos para la reposición de la red secundaria, reloj atómico redundante, sistema de offset de precisión en las cantidades, calidades y condiciones técnicas señaladas en el Anexo Técnico (...) y el software EDX Signal – Pro completo, última versión para estudios de propagación. Estos equipos y sistemas serán instalados y puestos en correcto funcionamiento, en los sitios establecidos en los términos de referencia, para llevar a cabo la completa implementación del plan de ajuste de la red actual de difusión de televisión, conformada por los operadores: Inravisión, Teleantioquia, Telecaribe,

Telepacífico y Telecafé. El CONTRATISTA se obliga además a ejecutar las siguientes actividades: elaboración del diagnóstico (survey) de equipos e instalaciones de toda la red de televisión, actualización del inventario de equipos de televisión y plan de reutilización, valorización aproximada por equipo y estación, resintonía, conversión de reemisores de televisión a transmisores de televisión, implementación del sincronismo de la red, plan de capacitación, obras civiles y mecánicas, todo de acuerdo con los requerimientos establecidos en los planes de utilización de frecuencias de televisión, el plan de ajuste de red de televisión incluido en los términos de referencia y en el resultado del survey efectuado por EL CONTRATISTA y aprobado por la COMISIÓN.

A su vez, la cláusula quinta estableció que los equipos referidos serían nuevos, de última tecnología y de primera calidad, cuyas condiciones técnicas se basarían en los planes de utilización de frecuencias que formaban parte integral del negocio jurídico (fl. 235).

El plazo del contrato sería de 10 meses, pero su ejecución se efectuaría en tres etapas, la primera de las cuales correspondería al “survey” o diagnóstico, para lo cual se le otorgó al contratista un término de 60 días. Los cuatro meses siguientes se destinarían a la realización del ajuste en las estaciones de Manjui, Padre Amaya, Lebrija, Domínguez, Cerro Kennedy, Cerro Alguacil, Cerro La Pita, El Nudo y las estaciones secundarias asociadas a estas. Por último, la tercera etapa correspondería al ajuste de las actividades pendientes, a cargo del contratista.

Según lo señalado por la CNTV en su Informe de Gestión del primer semestre de 1998 –documento presentado ante el Congreso de la República-, la etapa del plan de ajuste, correspondiente al “survey” o diagnóstico técnico de la red de difusión, fue cumplida de manera definitiva el 3 de septiembre de 1998 (fl. 243, c. 2A t.2).

- Entre el 15 de septiembre de 1998 y el 22 de diciembre de 2000, el contrato 151 fue modificado en diez ocasiones, mediante la celebración de varios acuerdos adicionales y otrosíes encaminados a ampliar el plazo del objeto contractual, incluir actividades y obras no previstas en el negocio inicial, adicionar el valor del contrato y cambiar los términos y formas de pago (fls. 47 al 78, c. 2A T.2).

Entre tales modificaciones se destaca el “Adicional N° 5”, de fecha 28 de abril de 2000, por el cual las partes acordaron añadir al contrato una cuarta etapa de ejecución, denominada “Estación Galeras”, a fin de realizar actividades para la recuperación de esa estación, de conformidad con el anexo técnico de esa modificación, dado que el diagnóstico o “survey” había evidenciado el estado de deterioro que presentaba. Según lo expresado en los antecedentes del Adicional N° 5, el acceso a la estación Galeras había sido prohibido por la Oficina de Prevención de Desastres de Nariño; sin embargo, la entidad levantó esa prohibición de acceso debido a la disminución del riesgo del volcán Galeras, lo cual despejó el camino para proceder a la reparación de la estación (fl. 76, c. 2A T.2).

- El 24 de febrero de 2001, las partes suspendieron parcialmente la ejecución del contrato 151 de 1998, en lo concerniente al desmonte de la antigua torre de la estación Galeras y las labores exigidas por el Ministerio del Medio Ambiente, dadas las condiciones climatológicas que por esa época se estaban reportando en

la zona. En el acta respectiva, las partes acordaron que la suspensión se levantaría una vez se verificara que habían desaparecido las causas que la motivaron (fls. 90 y 91, c. 2A T.2).

- Ahora bien, el 25 de junio de 1998, el consorcio contratista presentó un informe de avance de la etapa de survey. En los acápite iniciales se refirieron algunas dificultades de acceso a las estaciones, debido a la falta de definición de los procedimientos para el inicio del objeto contractual y algunos errores en la obtención de los correspondientes permisos. De igual manera se señalaron retrasos causados por situaciones de orden público, particularmente la acción de algunos grupos subversivos y las jornadas de protesta adelantadas por grupos de campesinos.

En el informe se describieron las labores adelantadas en cada una de las estaciones cobijadas por el contrato, especialmente en cuanto a la instalación de equipos y su “resintonización” (cambio de canal para sintonizar cada cadena). Según el consorcio, la estación Quininí presentó problemas críticos de interferencias, mientras que, en la estación Padre Amaya evidenció fallas de compatibilidad de equipos para la sintonización del “canal 4”.

Se analizaron cerca de 40 estaciones, con descripción de su estado general, el sistema eléctrico, los equipos y la torre (fls. 112 al 154, c. 2A T.2). En todos los casos se reportó al menos una falla en alguno de estos ítems.

Con respecto a la estación Manjui, el informe puso de manifiesto 23 fallas o irregularidades, entre estas, el desajuste del transmisor principal de la Cadena Uno –que ocasionaba la emisión de señales espurias- y el deterioro total del transmisor de reserva de ese mismo canal (fl. 142, c. 2A T.2).

En documento presentado en junio de 1998, se reportó la información de todas las estaciones evaluadas, la mayoría de las cuales requirió reemplazo, o bien, refacción de los equipos para una correcta transmisión de la Cadena Uno –como también, en varios casos, de los Canales A y Señal Colombia- (fls. 215 al 407, c. 2A T.3).

- El 21 de julio de 1998, el director de la CNTV le informó a Inravisión (fls. 166 y 167, c. 2A T.2):

1. Desde el 10 de junio de 1998, se iniciaron las pruebas de los sistemas de transmisión de los canales privados, proceso que se coordinó con los ingenieros de Inravisión, los canales privados y la CNTV. Con base en los análisis de interferencias realizados por la CNTV en la ciudad, se procedió inmediatamente a dar instrucciones a los operadores privados para que se suspendiera la emisión de la torre que tiene dirección a Ibagué, hasta que se tuviera la solución pertinente. Actualmente, la emisión desde Manjui hacia Ibagué de los operadores privados está suspendida. Como se puede apreciar, se han realizado los procesos necesarios para que no se cause interferencia en esta ciudad.

2. Respecto a Villarica, se instalaron 2 transmisores nuevos desde el 25 de junio solucionando las interferencias.

3. En lo referente al norte de Santa Fe de Bogotá, como se informó y discutió con

los ingenieros de Inravisión, se le[s] ordenó a los operadores privados suspender el patrón omnidireccional y dejar un patrón directivo exclusivamente al norte de Santa Fe de Bogotá. Lo anterior, dado que ningún operador puede tener doble emisión hacia una misma área de servicio.

En el sur de Bogotá, en su oportunidad, se realizaron los cambios y ajustes prioritarios en la estación Boquerón de Chipaque para solucionar los inconvenientes presentados (...).

- En septiembre de 1998, la interventoría de la CNTV para el Plan de Ajuste a la Red de Televisión rindió un informe relativo al survey que se repitió en 20 estaciones ubicadas en varios departamentos del país y evaluadas por el consorcio Istronyc. Según el interventor, la repetición fue necesaria, dadas las inconsistencias encontradas por la Comisión en el informe inicial que había presentado el mencionado contratista en julio de ese año.

En el documento de interventoría se formularon recomendaciones, tales como la reposición de transmisores y otros elementos de la estación El Ruiz I, por cuanto su deterioro afectaba la transmisión de los Canales Uno, A y Señal Colombia (fl. 92, c. 2A T.3). De igual manera, para varias estaciones se estableció la necesidad de adquirir, entre otros instrumentos, transmisores con offset de precisión para poder sintonizar las cadenas públicas.

- El 17 de septiembre de 1998, el subdirector técnico y de operaciones de la CNTV rindió informe sobre el avance del Plan de Contingencia que se estaba desarrollando con el fin de solucionar problemas reportados en 22 estaciones de televisión, ubicadas en los departamentos de la Costa Atlántica, el Eje Cafetero, Antioquia y Cundinamarca (fls. 264 al 272, c. 2A T.6). Las actividades descritas en el informe, adelantadas para ejecutar el indicado Plan de Contingencia, comprendieron labores de resintonización de transmisores, instalación de transmisores nuevos, cambios de equipos y ajuste de antenas parabólicas.
- El 21 de octubre de 1998, el consorcio Istronyc presentó un informe sobre los equipos instalados en el marco del plan de contingencia, en las estaciones Padre Amaya, Bello, Urrao I78, Urrao A18, Rionegro, Andes, Jardín, Itagüí, Salamina, Salgar, Sonsón, Bolívar, Cerro Ziruma, Cervantes, Villarrica, Villapinzón, Suesca, Quiniñí, Boquerón de Chipaque, Nemocón, La Calera, Tibito, La Vega y Ubaté (fls. 273 a 280, c. 2A T.6).
- El contrato N° 151 de 1998 fue liquidado por mutuo acuerdo entre las partes, el 18 de julio de 2002 (fls. 273 al 293, c. 3A).

En el acta respectiva quedó “certificado” el cumplimiento del contratista en cada una de las estaciones comprendidas en el proyecto, cumplimiento que, según la entidad, se ciñó al Plan de Ajuste de la Red Nacional de Televisión (fl. 280, c.3A) y se soportó con las actas de aceptación técnica, recibo de estaciones y detalles de bienes instalados, que reposaban en los archivos de la CNTV. De igual manera, las partes pusieron de presente que se había cumplido a satisfacción el componente de las obras civiles que requería el objeto contractual.

En cuanto al cumplimiento del contratista en las estaciones con problemas de orden público, se señaló:

El plan de instalación definido por las partes fue alterado por la situación de orden

público que se presentó en diferentes municipios del país, lo que impidió la instalación y puesta en servicio de ocho (8) estaciones incluidas en el Plan de Ajuste de la Red Nacional de Televisión.

Finalmente, en el acápite final del acta de liquidación se estableció que, según el balance de ejecución, la CNTV le adeudaba al consorcio contratista la suma de \$4.470'870.399 por concepto de saldos sin pagar, indexaciones e intereses (fl. 292, c. 3A).

- En memorando del 26 de agosto de 1998, la CNTV puso de presente –ante su junta directiva- la necesidad de contratar mediante licitación pública, y no por contratación directa, la adquisición de equipos para los proyectos que en ese momento se encontraba adelantando Inravisión, en el marco del Plan para su Fortalecimiento Técnico (fls. 3 al 9, c. 2A T.6).

Entre tales proyectos, la CNTV mencionó la adquisición de 11 transmisores de baja potencia, para cubrir el servicio de los canales Uno, A y Señal Colombia en los municipios de Santa Sofía (Boyacá), Sutatausa, San Juan de Rioseco (Cundinamarca) y Tumaco (Nariño).

En total, se hizo mención de 14 proyectos orientados al aprovisionamiento de equipos para actividades tales como instrumentación en la red de transmisores, medición en laboratorio de mantenimiento y emisión, construcción de una torre en Bogotá, optimización de bandas, producción de televisión, gestión y control de la red y reposición de parque automotor.

- Paralelamente, entre el 19 de mayo de 1999 y el 9 de enero de 2001 se celebró, ejecutó y liquidó el contrato N° 053 de 1999, celebrado entre la CNTV y la unión temporal Harris Corporation-Daga S.A., en virtud del cual esta se obligó a suministrar, instalar y poner en funcionamiento los sistemas de recepción satelital, sistemas de transmisión de televisión y obras de ampliación del cubrimiento de los canales Uno, A y Señal Colombia (fls. 244 al 254, c. 3A).

En el acta de liquidación bilateral de ese contrato –firmada el 9 de enero de 2001-, se indicó que su plazo de ejecución había finalizado el 15 de febrero de 2000 y que el contratista había cumplido cabalmente con el objeto convenido. De conformidad con lo indicado en el acta, el 8 de agosto de 2000, los interventores delegados de la CNTV y de Inravisión suscribieron un acta final de “solución de observaciones”, a la cual fueron integradas otras 17 actas que constataron la “recepción de observaciones” atinentes a los trabajos adelantados en 17 estaciones del territorio nacional (fl. 253, c. 3A).

El contrato 053 de 1999 fue referido por la CNTV en su Informe de Gestión del primer semestre de 2000 (fls. 2 al 67, c. 2A T.3), documento en el cual, la entidad afirmó que el indicado negocio jurídico hacía parte de las políticas de fortalecimiento técnico de la televisión pública y de la red de Inravisión.

- En el Informe de Gestión correspondiente al primer semestre de 1999 –presentado ante el Congreso de la República y el Gobierno Nacional-, la CNTV señaló que, en el marco del “plan de modernización” del servicio, había celebrado un contrato con la sociedad Divicom Inc para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos destinados al fortalecimiento técnico de Inravisión. La entidad indicó que, a efectos de lograr

este objetivo, se giraron recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión por la suma de \$1.711'478.576 (fl. 304, c.2A T.2).

- En ese mismo Informe de Gestión (primer semestre de 1999), la CNTV se refirió al indicado Plan de Ajuste, en los siguientes términos:

El Plan de Ajuste de la Red se estableció como resultado del reordenamiento de frecuencias ordenado en la Ley 182 de 1995. Como etapa inicial del contrato para el Plan de Ajuste de la Red se realizó un diagnóstico de la red actual de Inravisión y de los canales regionales, encontrándose un estado avanzado de deterioro de las instalaciones físicas y de los equipos. Para responder a tan importante necesidad (...) se procedió a reemplazar la mayoría de los equipos actuales y a contratar las obras civiles necesarias para la instalación de los sistemas de transmisión. Todo lo anterior se definió en el mes de marzo de 1999, iniciando en forma inmediata los trabajos de instalación.

El Plan de Ajuste contempla la instalación de 20 transmisores de alta potencia y 568 transmisores de baja potencia junto con el sistema de recepción satelital, distribuidos geográficamente por todo el país en 34 estaciones principales y 213 estaciones de baja potencia, de las cuales se han instalado once transmisores (sic) de alta y media potencia correspondientes a dos en Manjui (Santafé de Bogotá, Cundinamarca y Tolima), dos en Padre Amaya (Medellín y Antioquia), tres en Lebrija (Bucaramanga y ciudades vecinas), dos en Carepa (Turbo y Urabá antioqueño), dos en Tasajero (Cúcuta) y 37 transmisores de baja potencia (...), fortaleciendo un cubrimiento de una población aproximada de nueve millones de habitantes. Se destaca el cubrimiento logrado en Bucaramanga, donde el servicio de televisión era limitado.

Agregó que, en junio de 1999 se habían instalado sistemas de televisión (transmisores) en nueve estaciones: San Francisco, Guachetá Coromoro, Moniquirá, Arcabuco, Rionegro, Salamina, Concepción y Jardín.

- En cumplimiento de orden impartida por el Tribunal de primera instancia, en oficio de fecha 30 de septiembre de 2004 –remitido a esta causa judicial-, el representante legal de la compañía J. Walter Thompson Colombia Ltda. manifestó que la caída de la señal de televisión por fallas en la prestación del servicio o por problemas de calidad de esa señal, podía llegar a influenciar en la decisión de inversión del anunciante si ello se presentaba de manera repetitiva sin que existiera justa causa o disposición de reposición de la pauta no emitida correctamente. Agregó que, si bien los anunciantes tenían en cuenta la posibilidad de ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor, lo cierto era que las productoras y canales de TV debían garantizar el cumplimiento de parámetros de reposición y compromiso, toda vez que lo comprado por el anunciante no era la cantidad de tiempo al aire sino la calidad de transmisión del anuncio (fl. 1, c. pruebas 12).

En sentido contrario se pronunció la sociedad Leo Burnett Colombiana S.A. sobre ese mismo aspecto –incidencia de las fallas de señal en la voluntad de inversión del anunciante-. Acerca de este punto, la mencionada empresa manifestó:

Certificamos que la caída de la señal por fallas en la prestación del servicio de

transmisión y transporte de la señal, así como los problemas relacionados con la calidad de la señal, tales como lluvia en la imagen y fallas en el sonido no pueden influenciar la decisión de inversión de un anunciante, puesto que la decisión la toman de acuerdo con los siguientes puntos:

1-. Alcance o Reach: En este caso, un optimizador selecciona los programas que más personas nuevas encuentre del target a un menor costo.

2-.Costo de TRP: En este caso, la selección se hace tomando el programa o programas que tengan el menor costo de punto de rating target.

3.- Mayor rating: En este caso, la selección se hace tomando los programas que más puntos de rating registren de un target específico.

En cualquiera de los tres casos anteriores, para algunos anunciantes es importante el contenido del programa. En tal caso, si los programas tienen un alto contenido de sexo y violencia, estos son descartados en la selección.

- A instancia de la parte demandante y, previo decreto de la prueba por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la compañía investigadora de medios Ibope Colombia rindió concepto técnico en el cual señaló (fls. 221 y 222, c.14):

Si problemas en la red de transmisión se traducen en una deficiente calidad de la señal, por ausencia de ella o por defectos de imagen, o por deficiencias en el sonido, inevitablemente tales problemas se verán reflejados en el rating.

El rating es simplemente la audiencia, es decir, el número de televidentes que ve un determinado evento (programa o espacio de tiempo). Como es natural, el televidente que encuentra una señal deficiente o inexistente busca otra (...) y con ello el rating se va de un canal para otro.

2.5. Asignación de las frecuencias

- El 16 de junio de 1997, la Junta Directiva de la CNTV expidió el Acuerdo N° 021, por el cual adoptó los Planes de Utilización de Frecuencias para los distintos servicios de televisión. Previamente –como se expuso en dicho acuerdo-, el Ministerio de Comunicaciones había efectuado la atribución de frecuencias del espectro electromagnético para el servicio de televisión –en Resolución N° 001274 del 4 de marzo de 1997- y, con fundamento en ello, la Comisión había adoptado el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para Televisión –Resolución N° 094 del 9 de abril 1997-.

No obstante, el Acuerdo N° 021 fue modificado por la entidad en virtud del Acuerdo N° 027 del 29 de noviembre de 1997, con el fin de viabilizar la entrada en operación de los canales nacionales privados, cuya adjudicación se encontraba en proceso de licitación, en ese momento.

Señaló la CNTV (fls. 171 y 172, c. 2A, T.6):

... [T]eniendo en cuenta las solicitudes allegadas a esta Entidad por parte de las sociedades Caracol Televisión S.A. TRR Televisión S.A. y Producciones T.V. Color S.A., únicos proponentes dentro de la Licitación Pública No. 003 de 1997,

para el otorgamiento de las concesiones para la operación y explotación de los Canales Nacionales de Operación Privada, esta Junta Directiva analizó la viabilidad de efectuar el cambio de las frecuencias antes mencionadas, principalmente en virtud de lograr el equilibrio entre las subbandas altas y bajas en la banda de VHF para la recepción por parte de los usuarios.

Según las motivaciones del acto administrativo, era necesario modificar la planificación de las frecuencias para el nivel de servicio nacional privado. En tal virtud, en el acápite decisorio se dispuso modificar parcialmente los “Planes de Utilización de Frecuencias de Televisión para los Canales Nacionales Privados, reasignando la frecuencia 4 para el Canal N2 y la frecuencia 5 para el Canal N1, en la zona centro”.

- Mediante las Resoluciones 227, 228 y 229 del 2 de julio de 1997, la CNTV autorizó la operación de las organizaciones regionales de televisión Teveandina Ltda., Canal Capital Ltda. y Televisión Regional del Oriente –Tro Ltda.-, al tiempo que les adjudicó frecuencias del espectro electromagnético, de acuerdo con lo previsto en el Plan de Utilización de Frecuencias adoptado en el Acuerdo 021 de 1997 (fls. 3 al 13, c. 2A T.7).

Si bien, se determinaron las frecuencias asignadas a cada una de las aludidas organizaciones -en las regiones del país en que habrían de operar-, también se les advirtió que solo podrían utilizar aquellas frecuencias que no interfirieran con el funcionamiento de los operadores públicos, hasta tanto la Comisión les informara que podrían utilizar todas las frecuencias, en la región respectiva, según la evolución que presentara el plan de ajuste de la red, que en ese momento se encontraba en ejecución.

- En virtud del Acuerdo N° 034 del 26 de febrero de 1998, la CNTV modificó nuevamente los Planes de Utilización de Frecuencias de televisión, adoptados en el Acuerdo N° 021 de 1997.

En esta oportunidad, la entidad señaló que era necesario dar un mejor uso al espectro electromagnético atribuido a servicio de televisión para el nivel nacional, para lo cual era menester establecer un equilibrio dentro de la misma sub-banda de VH en las áreas de influencia de Cali y Barranquilla.

De igual manera, expuso la Comisión (fl. 169, c.6):

Que, igualmente, para minimizar los efectos de interferencia y así mismo lograr equilibrio en la misma subbanda (sic) en el área de influencia de Manizales, se hace necesario modificar una frecuencia.

Que para lograr dicho equilibrio dentro de una misma subbanda (sic) se requiere efectuar algunas modificaciones de las frecuencias asignadas en los planes de utilización para los canales nacionales de operación privada como para las estaciones locales con ánimo de lucro.

Que existe viabilidad técnica para efectuar el equilibrio de frecuencias antes mencionado, sin afectar el balanceo ni desmejorar las condiciones de los actuales operadores públicos.

- El 18 de junio de 1998, Inravisión le comunicó a la CNTV el contenido de varios

informes presentados por ingenieros y técnicos de esa entidad, relativos a las mediciones de campo efectuadas en Ibagué y Villarrica, que permitieron detectar interferencias en los Canales A, Señal Colombia y Uno (este último en Villarrica, Tolima), debido a las pruebas de los canales privados desde la estación de Manjui. Agregó Inravisión que, además de lo anterior, se habían reportado interferencias –por el mismo motivo- en varios barrios de Bogotá, así como en los municipios de Chía, Cota y Usme, en Cundinamarca (fl. 235, c. 2A T.6).

- El 7 de julio de 1998 (fl. 262), Inravisión puso en conocimiento de la CNTV otro informe adicional, rendido por el jefe de la red de transmisores de Inravisión. En el memorando contentivo del informe se describieron los resultados de la visita realizada a la estación “Boquerón de Chipaque”, motivada por la queja de los usuarios que denunciaron mala recepción de la Cadena Uno, desde que pasó a ser sintonizada en el canal 6.

Se refirió en el memorando (fl. 256, c. 2A T.6):

Este equipo [de la estación Boquerón de Chipaque] fue resintonizado del canal 5 al 6 por la Comisión Nacional de Televisión dentro del plan de ajuste y actualmente, prácticamente está por fuera de servicio porque está reflejando toda la potencia, situación grave porque desde esta estación se presta el servicio de televisión al sur de Santa Fe de Bogotá y a los municipios de Chipaque y Cáqueza.

La población de Suesca también reporta que está fuera del aire la cadena 1 desde que se realizó la resintonía del equipo del canal 4 al canal 3, dentro del plan de ajuste.

- La respuesta de la CNTV a las anteriores comunicaciones se produjo el 21 de julio de 1998, en los siguientes términos (fls. 166 y 167, c. 2A T.2):

1. Desde el 10 de junio de 1998, se iniciaron las pruebas de los sistemas de transmisión de los canales privados, proceso que se coordinó con los ingenieros de Inravisión, los canales privados y la CNTV. Con base en los análisis de interferencias realizados por la CNTV en la ciudad, se procedió inmediatamente a dar instrucciones a los operadores privados para que se suspendiera la emisión de la torre que tiene dirección a Ibagué, hasta que se tuviera la solución pertinente. Actualmente, la emisión desde Manjui hacia Ibagué de los operadores privados está suspendida. Como se puede apreciar, se han realizado los procesos necesarios para que no se cause interferencia en esta ciudad.

2. Respecto a Villarrica, se instalaron 2 transmisores nuevos desde el 25 de junio solucionando las interferencias.

3. En lo referente al norte de Santa Fe de Bogotá, como se informó y discutió con los ingenieros de Inravisión, se le[s] ordenó a los operadores privados suspender el patrón omnidireccional y dejar un patrón directivo exclusivamente al norte de Santa Fe de Bogotá. Lo anterior, dado que ningún operador puede tener doble emisión hacia una misma área de servicio.

En el sur de Bogotá, en su oportunidad, se realizaron los cambios y ajustes prioritarios en la estación Boquerón de Chipaque para solucionar los

inconvenientes presentados.

Cabe anotar que este proyecto es de vital importancia para mejorar el servicio público de televisión del país, así mismo es un proyecto de gran complejidad que tomará algunos meses y, en la medida que se detecten problemas se irán solucionando.

Adicionalmente, la CNTV instó a Inravisión para que adelantara los planes a que hubiera lugar para efectuar el mantenimiento de la red pública de televisión.

- En Resolución N° 527 del 21 de julio de 1998, la CNTV resolvió una petición administrativa presentada por Producciones Punch S.A. y otras 14 compañías de televisión que, en efecto, le solicitaron a la entidad que culminara completamente la implementación del reordenamiento del espectro electromagnético y el reordenamiento de las frecuencias de televisión. De igual manera, las concesionarias pidieron que la Comisión ejecutara la totalidad del plan de ajuste técnico, especialmente la actividad de instalación de los equipos necesarios para el óptimo funcionamiento de la red de televisión.

Al reseñar los antecedentes del acto administrativo, la Comisión indicó que la petición elevada por las programadoras se fundamentaba en lo siguiente (fl. 205, c.3A):

1. La interpretación dada por los peticionarios al alcance del mandato del inciso final del artículo 28 de la Ley 182 de 1995, en el sentido de que la licitación (...) de los canales nacionales de operación privada solo podía ser abierta por la CNTV cuando se hubiera concluido el Plan de Ajuste de la Red Nacional de Televisión que (...) es necesario ejecutar para hacer efectivo en la práctica el Plan de Utilización de Frecuencias adoptado con base en el Plan Técnico Nacional del Espectro Electromagnético para Televisión.

2. La afirmación de que se han generado de manera reiterada, graves interferencias en la transmisión y recepción de las señales de los canales públicos (...) y se ha interrumpido la prestación del servicio (...) como consecuencia de la autorización otorgada por la CNTV para la emisión por parte de los operadores de los canales privados de televisión sin que se hubiera concluido el plan de ajuste, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos tanto técnica como legalmente.

Frente al primer punto expuesto por los solicitantes, la CNTV señaló que no era correcta la interpretación que estos hicieron del artículo 2

de la Ley 182 de 1995, puesto que el requisito o presupuesto para abrir la licitación de los canales privados no era la conclusión del Plan de Ajuste de la Red Nacional de Televisión –como se adujo en la petición- sino solo la culminación del reordenamiento del espectro electromagnético y la asignación de frecuencias. A este respecto, la entidad afirmó que había dado cabal cumplimiento a la ley, toda vez que adoptó el Plan de Utilización de Frecuencias con base en el reordenamiento del espectro electromagnético, antes de abrir la licitación para dar en concesión la operación de los canales privados.

A efectos de explicar lo anterior, expuso que, con base en el estudio de atribución

de las bandas de frecuencias para televisión –contratado por el Ministerio de Comunicaciones en 1996-, la CNTV expidió la Resolución N° 094 del 9 de abril de 1997, en la cual adoptó el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético, que comprendió la estructura básica de las frecuencias y las condiciones que debían reunir sus operadores. Posteriormente, una vez el Ministerio de Comunicaciones efectuó la atribución de las frecuencias –mediante la Resolución N° 001274 del 4 de marzo de 1997-, la CNTV adoptó el reordenamiento final del espectro electromagnético en el Acuerdo N° 021 del 16 de junio de 1997, contentivo de los planes de utilización de las frecuencias para los servicios de televisión.

La entidad recalcó que estos planes no desmejoraban las condiciones de los operadores públicos, puesto que en su ejecución se había incrementado el balanceo poblacional de las frecuencias de VHF y UHF, además de haberse implementado la tecnología de red satelital y la red sincrónica (fl. 210, c. 3A).

La CNTV agregó que, con la expedición del Acuerdo N° 021 de 1997, quedó habilitada para abrir la licitación de los canales privados, ya que con ese acto administrativo quedó concluido el reordenamiento del espectro electromagnético para televisión. Según lo expuso, diferente era la situación de que el proceso mismo de asignación de las frecuencias y la necesidad de mejorar las condiciones de la red –que estaba deteriorada- terminaran haciendo forzoso un plan de ajuste de la red, pero ello no significaba que la licitación mencionada dependiera de este último, menos aún por disposición legal.

En referencia específica al indicado plan de ajuste, señaló que se había llevado a cabo mediante el contrato N° 151 de 1998, celebrado con Istronyc Ltda.-Daga S.A. y en cuya ejecución se les dio prioridad a las estaciones principales y sus asociadas, además de adoptarse medidas para evitar interferencias y garantizar la continua prestación del servicio (fl. 211, c. 3A).

En relación con el segundo punto expuesto por los peticionarios –referente a las supuestas interferencias de transmisión y señal de los canales públicos por las emisiones de prueba que la CNTV autorizó para los canales privados, sin haberse concluido el plan de ajuste-, la autoridad hoy demandada indicó que, para la operación adecuada de esos nuevos canales se requería adelantar el Plan de Ajuste Técnico de la Red Nacional de Televisión, lo cual, a su vez, exigía la adopción de medidas para minimizar las interferencias que pudieran ocurrir.

Agregó que las mencionadas medidas se dispusieron en el Acuerdo N° 039 del 2 de julio de 1998, el cual fijó un período de “ajuste de señal e interferencias” que abarcaría seis meses, durante los cuales la operación del servicio estaría restringida de acuerdo a las condiciones técnicas en las que avanzara el proceso y a la gradual liberación de las frecuencias asignadas a los concesionarios de canales privados. En torno a este mismo aspecto, agregó (fl. 214, c.3A):

... [I]ndependientemente de la época en que se efectuara la implementación del ajuste de la red nacional de televisión, tal y como era previsible, se presentarían interferencias en la operación tanto de los canales nacionales como regionales existentes; sin embargo, es de todos conocido el principio constitucional de que el

interés general prima sobre el interés particular, y la implementación del mencionado ajuste tiene como finalidad el mejoramiento en la prestación del servicio de televisión.

La entidad subrayó que las interferencias previsibles en el proceso de ajuste de la red eran de carácter temporal y redundarían, al final, en el mejoramiento y expansión del servicio de televisión, sin perjuicio de lo cual, en todo caso, la suspensión de las emisiones de los canales privados no evitaría tales eventualidades.

Por lo anterior, la CNTV denegó las peticiones de las programadoras de televisión, en el aludido acto administrativo.

- En comunicación de fecha 8 de septiembre de 1998, suscrita por la Coordinadora del Canal Uno y varias programadoras concesionarias, entre estas, Producciones Punch S.A., se le solicitó a la CNTV la adopción de medidas para aminorar el desequilibrio que, según la petición, se estaba generando en el Canal Uno por cuenta de la ejecución del Plan Técnico de Ordenamiento del Espectro Electromagnético.

Afirmaron los solicitantes que, el 64.2% de la teleaudiencia del Canal Uno había sufrido afectaciones, toda vez que 25'662.925 personas que por 40 años sintonizaron ese canal en una misma frecuencia, debían ahora utilizar una frecuencia diferente, lo cual impactaba negativamente la competencia entre los usuarios del espectro electromagnético para televisión.

Expuso la misiva:

La CNTV (...) implementa el Plan de Ajuste de la red actual de televisión conformada por los operadores públicos Inravisión, Teleantioquia, Telecaribe, Telepacífico y Telecafé y acuerda cambiar la frecuencia habitual de canal 8 a canal 7 para el transmisor de la Estación 'Páramo de Las Domínguez' (...).

... [M]anteniendo la frecuencia actual del CANAL 1 en canal 8 en el transmisor de Páramo de Las Domínguez y cambiando la frecuencia de operación de TELEPACÍFICO para la zona del Cauca desde [la estación] Munchique, se consigue el mismo efecto técnico para obviar interferencias.

2.6. Situación financiera de la programadora y renuncia a los espacios de televisión

- El 25 de febrero de 1999, la asamblea general de accionistas de Producciones Punch S.A. adelantó sesión ordinaria, en la cual se dio a conocer un informe rendido por la junta directiva de la empresa, en esa misma fecha.

Según el informe, los indicadores de liquidez y de rentabilidad mostraban márgenes positivos y reflejaban una estructura financiera sólida. Las cifras allí expuestas reflejaron utilidades netas de \$1.220'644.984 a 31 de diciembre de 1997 y, de \$2.057'244.198 a 31 diciembre de 1998 (fls. 380 y 381, c. 2A).

Con fundamento en estos datos y en los restantes ítems descritos en el informe, la junta directiva de Punch S.A. concluyó:

... [S]i miramos las principales cifras de la compañía registradas en el período 1992-1998, encontramos un crecimiento del 1.743% en las utilidades netas de la empresa. Estas utilidades representan una rentabilidad sobre el capital invertido por los accionistas a 1998, del 137%. El patrimonio de los accionistas creció en un 695%, el capital pagado en un 750%, las ventas en un 460% y los activos en un 274%.

- En el año 2000, la Superintendencia de Sociedades presentó tres informes de seguimiento económico y análisis financiero de las “empresas concesionarias de televisión pública” –con cortes a 30 de septiembre de 1999, 28 de febrero de 2000 y 30 de septiembre de 2000-. Ello por solicitud previa de la Comisión Nacional de Televisión (fls. 272 al 295, c. 2A T.8).

En el primer informe, el organismo de inspección y vigilancia señaló que el período 1999 había sido “difícil en términos económicos”, puesto que los ingresos operacionales de las empresas programadoras habían disminuido en un 25% -equivalente a \$48.100'000.000- con respecto a 1998, mientras que los costos tan solo disminuyeron en un 2.8%, situación que condujo a un aumento del 16% en los pasivos y a un nivel de endeudamiento empresarial –conjunto para todas las sociedades- del 60%.

Para el caso específico de Producciones Punch S.A., el primer informe de seguimiento recalcó que el nivel de endeudamiento había crecido en un 20.91%, al pasar del 36.27% en 1998, al 57.18% en 1999 (septiembre) (fl. 274, c. 2A, T. 8).

En referencia general a todas las compañías concesionarias, analizó la Superintendencia:

En la comparación de otras cifras se reflejan variaciones significativas, tales como en los resultados brutos, operacionales y netos, inferiores en el último período, en porcentajes del orden del 41%, 119% y 201% respectivamente, anotando que si bien estos resultados fueron positivos en el primer período analizado, en septiembre de 1999, tanto el resultado operacional como el neto muestran pérdida de: \$3.790 millones y \$9.980 millones, respectivamente. En consecuencia, como efecto directo de lo anterior y del aumento del pasivo, el último período denota un detrimento patrimonial del 12% (\$9.484 millones).

El primer informe de seguimiento económico también calculó el nivel de retorno sobre activos (RO) experimentado por cada programadora. Señaló que solo para 9 de las 16 empresas evaluadas en este ítem, el ROA había sido positivo, mientras que en algunos de los casos restantes no había alcanzado siquiera el 1%. Agregó que la rentabilidad operacional de “un buen número de programadoras” se había deteriorado, o bien, no había sido eficiente en el manejo de activos. Particularmente, para Producciones Punch S.A., el ROA fue del menos 18.2%.

Al establecer las causas de la crisis referida en el informe, la Superintendencia señaló que la entrada de los canales privados en 1998 había dado lugar a que se duplicara la oferta publicitaria en el medio televisivo, lo cual, a su vez, disminuyó los precios de la demanda de la pauta, generando así menores ingresos para las programadoras públicas.

Agregó que la crisis general de la economía nacional, reportada en la vigencia 1999, había provocado que la “torta publicitaria” disminuyera, puesto que la publicidad era uno de los primeros gastos que se sacrificaba o reducía en cualquier negocio, en períodos de recesión.

De igual manera, subrayó como posible causa de la crisis la “desventaja técnica” que, según el informe, tenían los canales públicos frente a los privados, con respecto a la señal de emisión. Esto, debido a que los canales privados tenían su propio VTR con tecnología de punta, mientras que los concesionarios de televisión pública debían utilizar el VTR de Inravisión, cuyos equipos eran de inferior tecnología y demandaban mayor mantenimiento, lo cual incrementaba su onerosidad y los costos de quien pautara.

La Superintendencia de Sociedades recalcó que la CNTV había adoptado varias medidas para aminorar la crisis de las programadoras de los canales públicos, entre estas, la reclasificación de las franjas y la ampliación de los plazos para el pago de las tarifas, con lo cual, según el organismo evaluador, se logró la disminución de costos en un porcentaje cercano al 20%.

No obstante esto último, concluyó la entidad, en su primer diagnóstico (FL. 280, C. 2A T. 8):

A nivel individual, los resultados hasta septiembre del año anterior [1999] muestran 13 sociedades con pérdidas netas, una sociedad con patrimonio negativo que la ubica en la causal de disolución por pérdidas y, la percepción que de continuar la tendencia y no adoptar los correctivos necesarios, muy pronto otras sociedades estarán en la misma situación (...).

A pesar de los esfuerzos realizados por los administradores y de los auxilios implementados por la Comisión, estas medidas no han sido suficientes para sostenerse competitivamente en el mercado, ni se aprecian hechos internos o externos que permitan invertir la tendencia negativa.

- Un segundo informe de seguimiento económico fue presentado por la Superintendencia de Sociedades, sobre 21 programadoras, con corte al 29 de febrero de 2000 (fls. 281 al 284, c. 2A T.8).

En esta ocasión, la entidad señaló que, en comparación con los dos primeros meses de 1999, hubo una disminución del 11% (\$3.077'000.000) en los ingresos operacionales de las empresas. El resultado final del segundo diagnóstico fue de una pérdida neta de \$5.963'000.000, y una disminución de los activos superior a la reducción de los pasivos, que representó detrimento patrimonial del 16%.

Indicó el segundo informe (fls. 283 y 284, c. 2A T.8):

Se confirma que la situación sigue siendo crítica para las programadoras, para quienes en los dos primeros meses del año siguen cayendo sus ingresos e incrementándose sus pérdidas. El detrimento patrimonial es superior a los once mil seiscientos millones de pesos en el último año estudiado (...).

En consideración a la situación que han venido atravesando las programadoras de televisión, la CNTV hizo una reclasificación transitoria de los espacios según su

horario y franj de horario potencial que iba desde el 30 de septiembre del 99 hasta el 20 de febrero de 2000 (...). Por su parte, los administradores de las programadoras han tomado acciones que se reflejan, entre otras, en una considerable disminución de los costos y en una mayor eficiencia en el manejo de su cartera.

Dado entonces, que tanto la CNTV como las programadoras han realizado esfuerzos por mejorar la situación, los problemas que más peso tienen se circunscriben en el mercado.

- Por último, el tercer seguimiento económico efectuado por la Superintendencia de Sociedades se realizó con corte a 30 de septiembre de 2000 (fls. 285 al 293, c. 2A T.8).

En dicho estudio, la entidad recalcó que los resultados reiteraban la tendencia decreciente de los ingresos operacionales de las empresas programadoras, que para el período analizado había alcanzado una variación nominal del 32%. A pesar de la reducción de los costos, el nivel de endeudamiento se mantuvo alto, por cuanto alcanzó un 58% para todo el sector. Por su parte, las pérdidas operacionales aumentaron en un 85%.

Se recalcó que varias compañías habían entrado en liquidación o se habían sometido al régimen de intervención y reestructuración previsto en la Ley 550 de 1999.

- En comunicación de fecha 15 de mayo de 2000 –radicada en la CNTV el 16 de mayo siguiente-, la sociedad Producciones Punch S.A. le comunicó a la entidad estatal concedente que, por disposición de la junta directiva de la programadora, renunciaría a las concesiones de espacios de televisión que le habían sido otorgadas “en los años 1997 y 1998”, razón por la cual, según su dicho, se daría la “terminación anticipada de los contratos vigentes”, de suerte que no continuaría programando en tales espacios a partir del “17 de mayo” de 2000 (fls. 136 y 137, c.6).

Al exponer las razones de su decisión, Punch S.A. manifestó que la normativa que permitió la operación de los canales privados había puesto a los canales públicos en inferioridad de condiciones, en particular, porque las concesiones de los Canales Uno y A solo tendrían una duración de seis años sin posibilidad de prórroga, mientras que las concesiones de los operadores privados serían de diez años prorrogables.

En punto de ello, sostuvo (fl. 136, c.6):

Al no ser prorrogables las concesiones de los Canales Públicos, el término de seis años no les permite a las Compañías Concesionarias, por factores de riesgo, realizar las inversiones necesarias para poder competir, así como tampoco conseguir la vinculación de capital nacional o extranjero, por la misma razón. En otros términos, las empresas en estas condiciones no son viables.

Agregó que las programadoras de los canales públicos tenían prohibido asociarse con los demás concesionarios de cada canal para competir frente a los operadores privados y que, a la par con ello, la CNTV había resuelto mantener, a partir de

1997, las mismas tarifas que tenían las cadenas de televisión pública cuando no existía la competencia de los canales privados, además de incrementarlas de acuerdo con el IPC, lo cual había provocado que los concesionarios de canales públicos pagaran, en conjunto, mucho más de lo cobrado a los concesionarios de canales privados.

Afirmó que los costos de emisión se habían incrementado debido al cobro del “VTR” por parte de Inravisión, situación que generaba competencia desleal, en la medida en que los comerciales presentados en los canales públicos tenían un mayor importe para el anunciante que los transmitidos por los canales privados, los cuales no efectuaban cobro alguno por ese concepto.

Agregó que la situación económica por la que en esa época estaba atravesando el país había dado lugar a una considerable reducción en la inversión publicitaria, coyuntura esta que, en su sentir, se había podido superar con una intervención más efectiva de las autoridades competentes.

Cuestionó el esquema de programación y las franjas establecidas por la CNTV al adjudicar las concesiones de televisión, en cuanto afectaron –según lo adujo- la libre competencia en igualdad de condiciones, puesto que el sistema implementado por la CNTV ofreció amplias ventajas y un mayor margen de dominio para los canales privados, sobre los públicos.

Adicionalmente, refirió (fl. 137, c.6):

G. Los cambios de frecuencia en determinados lugares del país. Al entrar en vigencia la actual adjudicación, la Comisión Nacional de Televisión en conjunto con INRAVISIÓN efectuaron de manera unilateral cambios de las frecuencias de los Canales UNO y A. Estos cambios hicieron que se perdiera una audiencia cautiva durante más de cuarenta (40) años.

H. Los apagones y las fallas técnicas que se están presentando actualmente en la emisión de los espacios que se transmiten por los Canales UNO y A. Estas fallas hacen que la audiencia se traslade a los Canales Privados y por esta razón, bajan sustancialmente los porcentajes de audiencia de los canales públicos.

Indicó que todas estas circunstancias habían derivado en la ruptura del equilibrio económico de los contratos de concesión y en un detrimento patrimonial de Punch S.A., dado que su déficit operacional había alcanzado un promedio de \$250'000.000 en el primer semestre de 2000 y sus pérdidas acumuladas desde 1999 eran de \$3.400'000.000.

Por último, expresó que, si bien su determinación era cesar la programación a partir del 17 de mayo de 2000, guardaba el propósito de no generar traumatismos en el servicio, por lo cual proponía como alternativa, poner a disposición de la CNTV el material de archivo de la programadora, hasta el 19 de mayo de ese mismo año (fl. 139, c.6).

El 16 de mayo de 2000, Producciones Punch S.A. le indicó al gerente de la agencia de publicidad Comtevé que, por razón de su renuncia, a partir de esa

fecha no recibiría ningún libreto comercial correspondiente a los espacios que le habían sido adjudicados (fl. 315, c. 3A).

- En comunicación del 15 de mayo de 2000 –recibida en la sede de Punch S.A. el 17 de los mismos mes y año-, la CNTV le indicó a la concesionaria que, para ese momento, su deuda con la entidad estatal ascendía a las sumas de \$1.207'850.717 y \$80'652.296, como mora en el pago de los contratos 104 de 1997 y 160 de 1998, respectivamente (fl. 313, c. 3A). No obstante, el 19 de mayo de 2000, la CNTV corrigió la información y señaló que la deuda del contrato N° 104 de 1997 era de \$691'509.341, mientras que la correspondiente a la concesión N° 160 de 1998 era de \$80'621.602 (fl. 320).

El 16 de mayo de 2000, la Comisión requirió a la programadora para que allegara el paz y salvo por concepto de sus obligaciones pendientes, a efectos de emitir pronunciamiento sobre la “solicitud” de devolución de los espacios de televisión concesionados (fl. 316). Este requerimiento fue reiterado por la CNTV el 18 de mayo siguiente, dado que Punch S.A. le había insistido en que se procediera a aceptar la renuncia y a liquidar los contratos de concesión, con inclusión de las obligaciones pendientes de cumplimiento (fls. 317 y 318).

- El 7 de junio de 2000, Inravisión certificó que la sociedad Producciones Punch S.A. había emitido su programación “hasta el día viernes 19 de mayo del año en curso” (fl 319).
- En Resolución N° 0386 del 16 de mayo de 2000, la CNTV aceptó la renuncia de la programadora RTI S.A. a los espacios de televisión que se le habían otorgado en concesión en los canales públicos (fls. 432 al 435, c. 3A).

En la parte motiva de su decisión, la entidad no hizo pronunciamiento alguno sobre el estado de las obligaciones de la indicada programadora, mientras que sí señaló:

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en sesión del 16 de mayo del año 2000, teniendo en cuenta que la renuncia de que trata el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996 constituye el ejercicio de la voluntad del concesionario y que de conformidad con la sentencia C-200 de 1998 esa facultad no constituye una excepción al principio de que debe repararse el daño cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que dan lugar a ello.

De igual manera, indicó que la renuncia mencionada constituía “un derecho consagrado a favor de los concesionarios”, razón por la cual era procedente “su aceptación”.

En el acápite resolutivo, la entidad aceptó expresamente la renuncia, dio por terminado el contrato de concesión suscrito con RTI S.A. y ordenó su liquidación final, la cual, según la Comisión, habría de incluir “el monto de los perjuicios causados”, si a ello habría lugar, y “todas las obligaciones que se causen hasta la ejecutoria del presente acto administrativo, derivadas de los contratos 157 de 1998 y 028 de 1999”.

En los mismos términos, la CNTV aceptó, entre otras, las renunciaciones de las programadoras Producciones Tevecine S.A., Coestrellas S.A., Proyectamos Televisión S.A., Datos y Mensajes S.A. y CPT S.A., mediante las Resoluciones

- 129, 0369, 0370, 0375 y 483 de 2000, respectivamente (fls. 377 al 396 c.2).
- En sesión ordinaria del 18 de mayo de 2000, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión abordó y estudió lo referente a las renunciaciones de los concesionarios a los espacios de los canales públicos (fls. 444 al 446, c. 3A).

Los comisionados hicieron constar que se había aceptado la renuncia de RTI S.A. y que el acto administrativo correspondiente haría parte integral del acta de la sesión. De igual manera certificaron que la aceptación de la renuncia de Producciones Punch S.A. se había condicionado a que esta empresa acreditara encontrarse a paz y salvo por concepto de todas sus obligaciones con la entidad estatal.

Al respecto, se señaló en el acta (fl. 443, c. 3A):

Frente a este punto, el comisionado Edgar Plazas indicó que sería conveniente que la CNTV entrara a reglamentar el tema relacionado con las renunciaciones de los concesionarios, y específicamente sobre el paz y salvo que se les está exigiendo, ya que en su concepto, la ley ni los reglamentos así lo determinan. Que es importante tener un concepto de la Oficina Jurídica para mayor aclaración del tema.

El director indica que no está de acuerdo con que se expida reglamentación frente al tema, por cuanto los derechos y las obligaciones en los contratos son renunciables, lo que hay que tener en cuenta es que quien renuncia debe pagar los perjuicios que ocasione, y además de ello, estar al día con las obligaciones contractuales, ya que de no ser así, en derecho no se podrían cobrar las obligaciones, pues bastaría con renunciar al contrato y no pagar lo que se debe (...).

Que como consecuencia de lo anterior, no se puede correr el riesgo de regular las obligaciones como no lo son.

Reitera que si la ley da la posibilidad de renunciar al contrato, ese hecho no significa que el cumplimiento de las obligaciones que están pendientes no se pueda exigir en un momento específico, y ese momento, no es otro que el de aceptación de la renuncia al vínculo contractual.

No obstante lo anterior, la Junta Directiva no llegó a una conclusión final acerca del punto así discutido durante la sesión ordinaria mencionada.

- El dictamen pericial rendido en el proceso, relativo a los perjuicios supuestamente sufridos por Producciones Punch S.A. en la época de ejecución de los contratos, indicó que las pérdidas de ejercicio reportadas por la compañía programadora en 1999 fueron de \$3.319'658.771, mientras que en el año 2000 ascendieron a los \$4.021'042.431 –excluyendo de tales cálculos los ingresos y egresos provenientes de arrendamientos y otras actividades no correspondientes al giro ordinario de los negocios de Punch S.A.- (fls. 16 y 17, c. 17).

En cuanto a las pérdidas operacionales, estas fueron de \$1.992'926.995 en 1999, y de \$3.396'979.342 en el año 2000.

Acerca de los ingresos, la experticia indicó que, mientras entre 1994 y 1997, el promedio de los recursos obtenidos por Punch S.A. por la venta de espacios de televisión fue de \$13.043'064.026 anuales y \$1.086'922.002 mensuales, en 1999, tales ingresos fueron de \$7.508'755.346, lo cual representó un “menor valor” anual de \$5.534'308.680. En cuanto a la vigencia 2000, los ingresos de todo ese año –provenientes de la venta de espacios- fueron de \$1.142'536.385, mientras que el promedio de ingresos mensuales entre enero y mayo de ese año debió ser de “\$5.434'610.010”, teniendo en cuenta la proporción de ingresos mensuales obtenidos entre 1994 y 1997. De esta manera, según el concepto pericial, el “menor valor” de los ingresos obtenidos entre enero y mayo de 2000 fue de \$4.292'073.625 (fl. 17, c.17).

2.7. Declaratoria de caducidad

- o Mediante Resolución N° 0617 del 10 de julio de 2000, la Junta Directiva de la CNTV dispuso lo siguiente (fls. 95 al 98, c. 6).

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad de los contratos Nos. 104 de 1997 y 160 de 1998, suscritos con la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. y ordenar su correspondiente liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en la cláusula decimoctava de los contratos Nos. 104 de 1997 y 160 de 1998, equivalente al 20% del valor de cada contrato.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar hacer efectiva la póliza de cumplimiento número 064329 y sus modificaciones (...), expedidas por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, las cuales garantizan el cumplimiento del Contrato N° 104 de 1997.

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar hacer efectiva la póliza de cumplimiento número 98032929 y sus modificaciones (...), expedidas por la Compañía Agrícola de Seguros, las cuales garantizan el cumplimiento del Contrato N° 160 de 1998.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. y a los representantes legales de sus garantes, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA y AGRÍCOLA DE SEGUROS, advirtiéndoles que contra la presente resolución solo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su notificación, Si no se pudiere surtir la notificación personal, esta se realizará por edicto (...).

La entidad señaló que, una vez Producciones Punch S.A. presentó su renuncia a los espacios de televisión, el director de Inravisión informó que la empresa había cesado su programación el 19 de mayo de 2000. Al respecto, la CNTV consideró que con esa conducta, la programadora incurría en un incumplimiento total del contrato, al paralizar intempestivamente la prestación del servicio.

De igual manera, afirmó que Punch S.A. se encontraba en mora en el pago de sus obligaciones pecuniarias y que, con corte al “7 de julio” de 2000, el saldo pendiente a cargo de la concesionaria superaba el 20% “del valor asegurado por la

garantía de cumplimiento del contrato”, de suerte que se configuraban, en sentir de la entidad, las causales previstas en el contrato para la declaratoria de la caducidad.

La CNTV refirió el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 como el fundamento jurídico de la declaratoria de caducidad, allí dispuesta.

- En la Resolución N° 0993 del 23 de noviembre de 2000, la CNTV resolvió los recursos de reposición interpuestos por Punch S.A. y las compañías aseguradoras garantes de los contratos, contra la Resolución N° 0617, referida (fls. 99 al 130, c.6).

Según lo indicado en las consideraciones de la decisión, ante la renuncia expresada por Punch S.A., la CNTV emitió el oficio N° 50970 del 22 de mayo de 2000, en el cual autorizó a la empresa Audiovisuales para programar desde esa fecha, “garantizando de esa manera la continuidad en la prestación del servicio”.

La CNTV señaló que, “para el 5 de julio del año 2000”, Punch S.A. adeudaba las siguientes sumas de dinero, por concepto de capital:

Contrato N° 104 de 1997: ----- \$893'.549.526

Contrato N° 160 de 1998: ----- \$111'742.834

Refirió que, si bien la renuncia efectuada por Punch S.A. constituía una facultad prevista en la Ley 355 de 1996, lo cierto era que la CNTV no podía permitir la terminación anticipada de los contratos de concesión sin asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, “tanto económicas como de explotación del servicio”. Igualmente, consideró que la mencionada facultad no les otorgaba a las programadoras el derecho a terminar unilateralmente los contratos, puesto que esta era una prerrogativa exclusiva de las entidades estatales, al tenor de lo previsto en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, expresó:

Lo que la ley habilita a favor del concesionario es el derecho a manifestar su deseo de renunciar a la explotación del servicio, sin indemnización, con la precisión hecha por la Corte Constitucional, y en consecuencia a que el contrato se dé por terminado anticipadamente; pero no ipso jure, por virtud de su sola voluntad, pues es necesario para que se termine la relación contractual en forma anticipada, que el Estado concurra reconociendo ese derecho.

Esto es, cuando la Ley 335 de 1996 le confiere la facultad a un concesionario para renunciar al contrato (...), en manera alguna le otorga una facultad para terminarlo unilateralmente. Se trata pues, del ejercicio de una facultad que para que se perfeccione requiere que la administración expida el acto que declare la terminación del contrato (...).

Tal y como quedó consignado en la misma Resolución N° 0993 de 2000, la compañía Agrícola de Seguros S.A., allí recurrente, señaló que la deuda contraída por Punch S.A. no superaba el 20% del valor total asegurado del contrato, puesto que las contraprestaciones pendientes de pago no debieron computarse con corte

al mes de julio de 2000 sino hasta el momento en que la programadora presentó su renuncia, esto es, el 16 de mayo de 2000, fecha en la cual se produjo la terminación “unilateral” del contrato por parte de la empresa concesionaria, independientemente de que la programación hubiera cesado el 19 de mayo siguiente, cuando se dejaron a disposición de la entidad los materiales de archivo de Punch S.A. Asimismo, se indicó que, por su parte la mencionada programadora había aducido en su recurso que el monto total de su deuda en el contrato N° 160 de 1998 era la suma de \$80'621.602, según certificación de fecha 22 de mayo de 2000 –fecha en la cual la empresa fue requerida para pagar las obligaciones pendientes-.

La respuesta de la CNTV frente a estos argumentos se esgrimió en los siguientes términos:

... [L]a Comisión encuentra que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que el valor de las obligaciones en mora asciende a la suma de \$80.621.602, de conformidad con el oficio 50916 del 22 de mayo de 2000, puesto que si bien para esa fecha la entidad dio alcance a la comunicación 50776 del 17 de mayo del mismo año por medio de la cual se requirió a la sociedad concesionaria (...) para que cancelara las obligaciones pendientes de pago (...), para el día 5 de julio de 2000, fecha en la cual la Junta Directiva de la Comisión determinó la declaratoria de caducidad de la concesión, el valor de la deuda en mora ascendía a la suma de \$111.742.834, cifra esta que (...) corresponde al 20.99% del valor asegurado.

Vale la pena señalar que el recurrente parte de una premisa equivocada consistente en afirmar que la deuda en mora solo puede computarse hasta el día en que la entidad requirió a la sociedad PRODUCCIONES PUNCH S.A. (...); desconoce en consecuencia el hecho de que el contrato se encontraba vigente y por tanto, causando las obligaciones a las cuales se había comprometido el concesionario.

La CNTV manifestó que, si bien Punch S.A. propuso como fórmula de pago las garantías que amparaban sus obligaciones contractuales, tal alternativa no era aceptable para la administración, por haberse supeditado a que la entidad procediera a liquidar unos contratos que, en su sentir, no se encontraban legalmente terminados. Agregó que, aun cuando la programadora reiteró sus ofertas de pago cuando ya había paralizado la prestación del servicio de televisión, en ese momento tampoco era de recibo la propuesta de cumplimiento, por haberse condicionado la misma a que la CNTV aceptara que los contratos ya habían terminado por la decisión unilateral de la concesionaria.

Con fundamento en tales consideraciones, la entidad confirmó íntegramente la Resolución N° 0617 de 2000.

- El 12 de junio de 2001, en sesión ordinaria de la Junta Directiva de la CNTV, se adelantó una audiencia con representantes de Producciones Punch S.A, quienes le solicitaron a la entidad que “revisara” los actos de declaratoria de caducidad, en vista de que la programadora presentaba una situación financiera altamente desfavorable, ocasionada por la crisis económica de la época, de suerte que, si bien se encontraba en la posibilidad de pagar las contraprestaciones aún pendientes de cumplimiento, no podía asumir las consecuencias de la caducidad.

Señalaron los representantes de Punch S.A. que, al renunciar a los espacios que se le habían dado en concesión, la programadora se limitó a ejercer un derecho que la ley había previsto expresamente sin condiciones ni cargas de ninguna índole.

Al respecto, la Junta Directiva de la CNTV –después de que los delegados de Punch S.A. se retiraron de la sesión- concluyó que no era posible revisar los actos administrativos de declaratoria de caducidad de los contratos, toda vez que estos ya habían sido objeto de los recursos de la vía gubernativa, lo cual impedía proceder a su eventual revocatoria, según lo previsto en el artículo 70 del C.C.A. (fls. 198 al 205, c.6).

En esa misma sesión, la entidad abordó la situación de la programadora En Vivo S.A., que también había renunciado a los espacios de televisión que estaba explotando en un canal público. Respecto de esta, la Junta Directiva de la Comisión señaló que debía declararse la caducidad del respectivo contrato, toda vez que el servicio se había paralizado y la empresa se encontraba en mora de cumplir con algunas de sus obligaciones, las cuales no podían extinguirse, como tampoco sus garantías, por el hecho de la renuncia de la concesionaria.

2.8. La liquidación unilateral de los contratos

- Como quedó señalado en los antecedentes de la presente causa, la demanda con radicación 2001-0031 fue admitida mediante auto del 22 de marzo de 2001 y notificada a la Comisión Nacional de Televisión el 14 de mayo de ese año (fl. 26, c.1).

A su vez, la demanda radicada con el número 2001-01523 –en la cual Producciones Punch S.A. solicitó, entre otras cosas, la liquidación judicial de los contratos de concesión hoy en controversia- fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de agosto de 2001 y notificada a la CNTV el 17 de septiembre de esa misma anualidad (fl. 59, c.2).

- El 23 de mayo de 2001, la Comisión Nacional de Televisión le solicitó al gerente de la sociedad Producciones Punch S.A. que acudiera a la sede de la entidad para estudiar las actas de liquidación de los contratos de concesión materia de controversia (fl. 340, c. 3A).
- El 5 de julio de 2001, la concesionaria manifestó (fl. 389, c. 3A):

... [S]olicito a la CNTV se abstenga de proceder a liquidar los citados contratos, por la pérdida de competencia, toda vez que de conformidad con el literal d) del numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo hemos solicitado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que en sede judicial proceda a hacer la liquidación (...). Lo anterior por cuanto ya han transcurrido más de dos meses del vencimiento de los cuatro meses que tenía la CNTV según lo estipulado en la cláusula vigésima de los contratos 104 de 1997 y 160 de 1998.

- El 23 de julio de 2001, la CNTV liquidó unilateralmente el contrato de concesión 104 de 1997, en virtud de la Resolución N° 515 (fls. 88 al 94, c. 6).

Según la entidad hoy demandada, la programadora Punch S.A. adeudaba la suma de \$4.176'854.340 como valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, que había ordenado hacer efectiva en las Resoluciones 0617 y 0993 de 2000. De igual manera, la CNTV subrayó que, de acuerdo con el certificado

expedido por la División de Inversiones y Tesorería de la entidad, la concesionaria adeudaba, por concepto de las tarifas establecidas en la concesión, “con corte” al 6 de julio de 2001, los siguientes montos:

CAPITAL EN MORA: \$1.552'156.640

INTERESES CORRIENTES: \$63'636.304

INTERESES MORATORIOS: \$322'573.842

La compañía Agrícola de Seguros S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 515 de 2001, medio de impugnación que fue resuelto por la CNTV en la Resolución N° 781 del 22 de octubre de 2001. En este último acto administrativo, la entidad estatal manifestó:

El valor inicial del contrato varió en virtud de las Resoluciones 0115 del 16 de febrero de 1995 y 1013 del 30 de septiembre de 1999, por las cuales se fijaron nuevas tarifas y se reclasificaron los espacios según su horario y franja de audiencia potencial, lo cual significó un alivio en los costos de los espacios que alcanzó el 19.12% (...).

Con base en el cálculo anterior, se debe considerar que la efectividad de la cláusula penal, de ninguna manera sería aplicable en el porcentaje inicialmente pactado del 20% del valor total del contrato, y en su lugar debe reducirse proporcionalmente la pena.

En lo restante, recalcó la legalidad y procedencia de la liquidación adoptada en el acto administrativo impugnado y subrayó las obligaciones pecuniarias que, según su dicho, le correspondían a la empresa Producciones Punch S.A. en su condición de concesionaria de los espacios de televisión.

Acerca del valor de las tarifas adeudadas por la concesionaria y los períodos en que se causaron, la CNTV precisó:

... [L]a sociedad Producciones Punch S.A., en su comunicación de fecha 16 de mayo de 2000, manifestó su decisión de no continuar comercializando y programando sus espacios a partir del 17 de mayo de 2000; sin embargo, de conformidad con la comunicación radicada con el N° 68683 del 7 de junio de 2000, el Director de Inravisión informó que Producciones Punch S.A. emitió su programación hasta el día viernes 19 de mayo de 2000, por consiguiente, hasta esta última fecha se generaron obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.

Así las cosas, teniendo en cuenta la liquidación de los cuatro (4) días adicionales comprendidos entre el 16 y el 19 de mayo de 2000, la suma que deberá cancelar la sociedad Producciones Punch S.A. a la Comisión Nacional de Televisión (...), con corte a 6 de julio de 2001, corresponde a MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$1.956'783.462), discriminados así: Capital en mora: \$1.569'369.764, intereses corrientes: \$64'316.653 e intereses de mora: \$323'097.045.

Por consiguiente, en la parte resolutive del acto, la entidad adicionó la suma de \$20'029.258 al valor adeudado por concepto de las tarifas causadas por el uso de los espacios.

- o El 23 de julio de 2001 –al igual que con la Resolución N° 515- la CNTV expidió la Resolución N° 0516, en la cual procedió a liquidar de manera unilateral el contrato N° 160 de 1998.

La entidad indicó que la programadora Punch S.A. adeudaba la suma de \$532'262.425 por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato y cuya efectividad dispuso la CNTV en las Resoluciones 0617 y 0993 de 2000. Adicionalmente, determinó que la concesionaria adeudaba las siguientes sumas por concepto del saldo –causado hasta el 6 de julio de 2001- correspondiente a la tarifa que periódicamente debía pagar por el uso de los espacios de televisión:

CAPITAL EN MORA: \$210'738.695

INTERESES CORRIENTES: \$7'756.870

INTERESES MORATORIOS: \$42'598.628

Contra la resolución mencionada, la compañía de seguros garante del contrato interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por la CNTV mediante Resolución N° 782 del 22 de octubre de 2001, acto administrativo en el cual la entidad reiteró que se ajustaba a derecho el cobro de la cláusula penal pecuniaria –cuya efectividad fue reprochada por el allí recurrente-, toda vez que, si bien la programadora Punch S.A. había ejercido el derecho de renuncia previsto en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, la efectividad de este acto dependía de la aceptación expresa de la administración, la cual no se había otorgado en el caso concreto, mientras que la concesionaria sí optó por paralizar indebidamente –según su dicho- la prestación del servicio.

La CNTV también defendió la proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria calculada en el acto de liquidación, en punto de lo cual, enfatizó en que el artículo 1599 del Código Civil autorizaba el cobro íntegro de dicha cláusula, independientemente de la naturaleza de la obligación infringida.

Respecto de la obligación de pago de las tarifas a cargo de la concesionaria, la CNTV reiteró que debían cobrarse los días transcurridos entre el 16 y el 19 de mayo de 2000, razón por la cual, había lugar a establecer que, con corte al 6 de julio de 2001, la deuda de Punch S.A. por ese concepto era la siguiente:

... [T]eniendo en cuenta la liquidación de los cuatro (4) días adicionales comprendidos entre el 16 y el 19 de mayo de 2000, la suma que deberá cancelar la sociedad Producciones Punch S.A. a la Comisión Nacional de Televisión (...), con corte a 6 de julio de 2001, corresponde a DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y COMO PESOS M/CTE (\$265.378.858), discriminados así: Capital en mora: \$214.413.538, intereses corrientes: 7.902.118 e intereses de mora: \$43.063.202.

Con fundamento en ello, en la parte resolutive del acto, la entidad adicionó la suma de \$4'284.665 al valor adeudado por concepto de las tarifas causadas por el uso de los espacios, de tal manera que el capital en mora fue incrementado y completó el monto de \$214'413.538 y, asimismo, los intereses aumentaron en las cantidades aquí transcritas.

- En el presente proceso, no obra prueba de la notificación de las Resoluciones 781 y 782 de 2001, a la sociedad hoy demandante Producciones Punch S.A.

- El 18 de diciembre de 2001, Producciones Punch S.A. presentó ante la CNTV una propuesta de pago de “las obligaciones pendientes” a su cargo, derivadas de los contratos de concesión hoy en litigio (fls. 386 al 388, c.13).

La programadora destacó que desde mayo de 2000 había procurado llegar a acuerdos de pago con la entidad estatal, en razón de la necesidad que le asistía de revisar los créditos pendientes y encontrar fórmulas para cubrirlos, a fin de solventar la grave situación económica de la empresa de televisión. Afirmó que a pesar de las reducciones de costos y los despidos masivos de personal, la ostensible disminución de sus ingresos derivó en pérdidas que ascendieron a los \$7.475'158.415, entre 1999 y 2000.

La compañía también hizo un recuento de lo acontecido con los contratos de concesión y los actos hoy sometidos a juicio, y señaló (fl. 391, c.13):

[A] través de las resoluciones 515 y 516, la CNTV liquidó unilateral y extemporáneamente los contratos de concesión. En días pasados, quedaron en firme las Resoluciones 782 y 781, con las cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por las compañías aseguradoras contra las resoluciones 515 y 516 (...). De esta manera, una vez más reiteramos expresamente nuestra firme voluntad de llegar a un acuerdo de pago, por las obligaciones pendientes y derivadas de estos contratos, el cual (sic) debe atender las expectativas de pago de la CNTV y nuestra crítica situación económica que ustedes conocen y que una vez más ponemos en su conocimiento, situación que en ningún caso obedeció a hechos imputables a (...) Producciones Punch S.A.

De conformidad con la propuesta, el saldo en ella estimado correspondía a las obligaciones señaladas por la CNTV en los actos que liquidaron unilateralmente los dos negocios jurídicos. Sin embargo, los valores allí referidos por Punch S.A. fueron los siguientes:

CONTRATO N° 160 DE 1998

Valor capital a mayo 19 de 2000: ----- \$214'413.538

Valor intereses corrientes y

de mora, liquidados a julio 6 de 2001: ----- \$50'965.320

Intereses proyectados desde julio 7

hasta noviembre 30 de 2001: ----- \$6'166.090

CONTRATO N° 104 DE 1997

Valor capital a mayo 19 de 2000: ----- \$1.567'633.081

Valor intereses corrientes y de mora,

liquidados a julio 6 de 2001: ----- \$387'413.698

Intereses proyectados desde

julio 7 hasta noviembre 30 de 2001: ----- \$64'907.603

Gran total de las obligaciones pendientes: ----- \$2.291'499.330

La propuesta de Punch S.A. para quedar al día con sus obligaciones, consistió en la celebración de un contrato de dación en pago, en virtud del cual la programadora le entregaría a la CNTV sus equipos de televisión, inmuebles, vehículos, acciones y activos de la empresa en proyectos fílmicos y en un club social, muebles y enseres, todo ello en un plazo de 48 meses, para cubrir el capital y los intereses (fl. 398, c.13).

El 28 de enero de 2002, la revisora fiscal y el representante legal de Producciones Punch S.A. certificaron que, con corte al 31 de diciembre de 2001, la compañía no contaba con recursos en efectivo para pagar las obligaciones pendientes con la CNTV. La certificación fue radicada en la sede de la entidad, en esa misma fecha -28 de enero de 2002 (fls. 400 y 401, c. 13).

- El 6 de mayo de 2002, Producciones Punch S.A. le manifestó a la CNTV su conformidad con la decisión adoptada por la junta directiva de la entidad, en el sentido de aceptar llegar a un acuerdo de pagos con la programadora.

En su misiva, la indicada sociedad manifestó que, “de conformidad con el estado de cuenta elaborado por [la CNTV]”, con corte al mismo 6 de mayo de 2002, la deuda total de la compañía ascendía a los \$2.410'068.728 (fl. 379, c. 13). Al respecto, solicitó que no se incluyeran en el acuerdo de pago los intereses moratorios –que, según Punch S.A., fueron incluidos por la CNTV en la indicada cifra-, toda vez que la falta de pago del capital había obedecido a la imposibilidad de celebrar un arreglo definitivo con la entidad, solicitado por la programadora desde su renuncia efectuada el 16 de mayo de 2000.

- Como respuesta a lo anterior, el 21 de junio de 2002, la CNTV le indicó a Punch S.A. que, si bien su propuesta se encontraba en estudio, era necesario que allegara el flujo de caja proyectado por el tiempo de vigencia del acuerdo y copia de los estados financieros de la sociedad programadora, correspondientes a los años 2000 y 2001.

En comunicación del 15 de julio de 2002, la empresa manifestó hacer entrega de los referidos estados financiero, con datos que incluyeron el primer semestre de 2002. Adicionalmente, señaló que dada la falta de generación de ingresos derivada de la coyuntura económica desfavorable para el sector, “el flujo de caja es negativo y continuará siéndolo en tanto no se materialicen nuevos negocios de producción y ante la imposibilidad de volver a programar” (fl. 378, c. 13).

- Con fundamento en las solicitudes de acuerdo de pagos, presentadas por Producciones Punch S.A., el 30 de agosto de 2002 las partes celebraron un contrato de dación en pago, en virtud del cual la compañía programadora le cedió a la CNTV “los derechos de explotación y transmisión de los programas de televisión que son de su propiedad”, los cuales se describieron y enunciaron expresamente en la cláusula segunda de ese negocio jurídico.

En el contrato se estableció que la deuda allí cubierta por Producciones Punch S.A. equivalía a \$2.629'673.871, monto hasta el cual se tuvo por extinguida la obligación de la sociedad concesionaria. La referida suma fue certificada por el secretario general de la CNTV, como valor total de “las obligaciones económicas” de Producciones Punch S.A. con esa entidad, con corte al 30 de agosto de 2002 (fl. 62, c. 6).

En la cláusula décima cuarta del contrato de dación en pago, se estableció que el negocio jurídico

celebrado solo comprendía el pago de las obligaciones de Punch S.A. por concepto de tarifas, pero no constituía reconocimiento alguno de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión. En el párrafo de esa misma cláusula, pactaron las partes:

En caso de que la COMISIÓN resultare condenada a pagar sumas de dinero en efectivo, con ocasión de cualquier reclamación judicial, extrajudicial o arbitral que llegare a efectuar PUNCH, esta última se obliga a recibir en pago los derechos de transmisión y explotación de los programas de televisión cedidos en virtud del presente contrato, por lo que la COMISIÓN podrá restituir total o parcialmente el material entregado (...).

2.9. Los testimonios rendidos en el proceso

- El señor Ernesto Orozco, en su condición de ingeniero electricista vinculado a la CNTV en calidad de asesor, en la época de los hechos, manifestó que, con el fin de permitir el ingreso de los operadores de los canales privados de televisión, se adelantó el reordenamiento del espectro electromagnético y un plan de ajuste para “casi la totalidad” de las estaciones de la red pública de televisión. Agregó que, hasta antes de recibir en adjudicación los canales privados, las programadoras Caracol y RCN compartían los índices de audiencia o rating con los operadores de los canales Uno y A, los cuales, sin embargo, se vieron posteriormente “obligados a competir por la audiencia con Caracol y RCN”.

Manifestó que, después de la entrada en operación de los canales privados, los índices de audiencia de los canales públicos comenzaron a registrar una tendencia constante a la baja, dado que la oferta televisiva de estos era de inferior calidad. Señaló que las disminuciones de audiencia de los canales públicos entre 1998 y 1999 no obedeció a los problemas de calidad de señal, sino únicamente al deficiente contenido de los programas emitidos por los concesionarios de la televisión pública (fls. 5 al 7, c.25).

Manifestó:

... [L]a red de los canales públicos era una red ya establecida a la que se intervino fortaleciéndola, mientras que la red de los privados (...) empezó a montarse desde el inicio de la concesión (...). En cuanto a los componentes técnicos, el equipamiento de ambas redes estaba constituido en la mayoría de sus casos por equipos de última generación y en su mayoría de la misma marca (...).

Por mandato legal, era previsible el ingreso de nuevos competidores al mercado. Por mandato legal, también la CNTV se dio a la tarea de fortalecer la red pública con el fin de propiciar mejores condiciones para la difusión de los contenidos de sus contratistas como es el caso de Punch. También era previsible para Punch que ese ingreso redujera sus expectativas frente a los índices de sintonía y que debiera Punch adoptar las medidas necesarias para conservar su participación en el mercado y conservar sus ingresos y de esta manera cumplirle a la Comisión Nacional de Televisión con los pagos establecidos en el contrato. Desafortunadamente esa situación no se dio y los indicadores de sintonía favorecían los programas emitidos por Caracol y RCN, reflejándose en los ingresos de la programadora Punch y, en general, en casi todos los programadores de los programas públicos.

- Igualmente, rindió testimonio el señor Juan Andrés Carreño Cardona, quien para la época de los hechos se desempeñaba como subdirector de asuntos legales de la CNTV (fls. 1 al 4, c. 25). El testigo Carreño Cardona fue interrogado sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se declaró la caducidad de los contratos de concesión y las razones

que llevaron a la entidad a tomar esa decisión, temas estos respecto de los cuales el declarante reiteró lo señalado en las pruebas documentales referidas en esta sentencia, o en algunos casos, se limitó a remitirse a ellas.

3. Problema jurídico

En el presente asunto, a la luz de lo expuesto por los censores en los recursos de apelación, le corresponde a la Sala establecer si las Resoluciones 0617 y 0993 de 2000 transgredieron el ordenamiento jurídico vigente, al declarar la caducidad de los contratos de concesión materia de controversia y hacer efectiva la cláusula penal contenida en estos, después de que Producciones Punch S.A. renunciara a los espacios de televisión que se le habían concedido, en ejercicio de una facultad prevista en la Ley 335 de 1996.

Asimismo, en el presente caso también se deberá examinar si las Resoluciones 515 y 516 del 23 de julio de 2001 se ajustaron a derecho o infringieron la normativa aplicable, al disponer la liquidación unilateral de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998, con fundamento en los actos administrativos que declararon la caducidad de tales negocios jurídicos.

En tercer término, la Sala habrá de determinar si los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 –por los cuales se le otorgaron a Producciones Punch S.A. espacios en un canal público de televisión- se afectaron con la ruptura del equilibrio económico, dadas las causas alegadas por la parte apelante, esto es: i) haber adoptado la CNTV, cambios en la distribución de las frecuencias de televisión, ii) no haberse garantizado que la red de transmisión de la televisión pública operara en condiciones óptimas, ni haberse procedido al oportuno mantenimiento de la infraestructura que sería utilizada por Punch S.A. en desarrollo de las concesiones, iii) haberse dispuesto una distribución inadecuada de los espacios de los canales públicos y vi) la crisis económica que –en palabras de la parte actora- causó impactos en el sector de la televisión, el mercado de la publicidad y la ejecución del contrato.

3.1 Evolución normativa y marco jurídico del servicio de televisión y sus concesiones

3.1.1. Inicialmente, el servicio público de televisión debía ser prestado por el Ministerio de Comunicaciones. Posteriormente esa competencia recayó en el Instituto Nacional de Radio y Televisión –Inravisión-, por disposición del Decreto 3267 de 1963.

3.1.2. La Ley 42 de 1985 le otorgó a Inravisión la facultad de conceder sus espacios en cadenas comerciales, mediante contrato precedido de licitación pública, y creó el Consejo Nacional de Televisión como máximo organismo rector del servicio, encargado de cumplir, entre otras funciones, la de fijar el régimen de los espacios de televisión y su programación, así como adjudicar los mismos a las distintas programadoras (artículo 13).

3.1.3. A su vez, la Ley 72 de 1989 señaló que los servicios de las telecomunicaciones se prestarían por el Estado, directamente o mediante concesiones, las que podrían otorgarse mediante contrato o por licencia y los derechos, tasas o tarifas causados en virtud de las mismas serían fijados por el Ministerio de Comunicaciones (artículo 7).

3.1.4. Por su parte, el Decreto-ley 1900 de 199 estableció normas y directrices para regular las telecomunicaciones y fijar las potestades del Estado en relación con su planeación y control. El decreto indicó, en efecto, que las telecomunicaciones constituían un servicio público a cargo del Estado (artículo 4), sus operadores podían ser personas naturales o jurídicas, públicas o privadas (artículo 2) y sus medios debían ser utilizados como instrumentos para impulsar el desarrollo

político, económico y social del país (artículo 3).

El Decreto-ley 1900 de 1990 recalcó el carácter exclusivo de la propiedad del Estado sobre el espectro electromagnético y lo clasificó como un “bien de dominio público, inajenable e imprescriptible” (artículo 18).

Este cuerpo normativo contenía, además, algunas definiciones y clasificaciones que se mantuvieron vigentes y tuvieron aplicación en la época de los hechos que son materia de controversia en el presente asunto (años 1997 a 2001), razón por la cual se referirán textualmente, como sigue:

Artículo 14. La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones.

Artículo 15. La red de telecomunicaciones del Estado comprende además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones que se determinan en el presente Decreto.

Artículo 19. Las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la protección y defensa del espectro radioeléctrico, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro radioeléctric

, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades.

Artículo 27. Los Servicios de telecomunicaciones se clasifican, para efectos de este Decreto, en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

Artículo 29. Servicios de difusión son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea. Forman parte de éstos, entre otros, las radiodifusiones sonora y de televisión.

3.1.5. El 29 de enero de 1991 fue expedida la Ley 14 de 1991, que reguló los servicios de televisión y radiodifusión y derogó la Ley 42 de 1985, pero mantuvo al Consejo Nacional de Televisión como órgano de dirección y administración del servicio, encargado de adjudicar los respectivos contratos de concesión (artículo 12).

3.1.6. El 4 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 75 estableció el carácter público, inajenable e imprescriptible del espectro electromagnético, sujeto al control del Estado, aunque con garantía de la igualdad de oportunidades para su uso, de conformidad con la ley. De esta manera, el constituyente estableció la democratización del

acceso a ese bien público.

Asimismo, el artículo 76 de la Constitución –luego derogado por el Acto Legislativo 02 de 2011- señaló que la intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión se ejercería a través de un organismo de derecho público con “personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”.

3.1.7. En este marco constitucional, fue expedida la Ley 182 de 1995, que reglamentó la actividad de televisión a la luz del nuevo ordenamiento superior y creó la Comisión Nacional de Televisión, al tiempo que estableció disposiciones para promover la industria y fijó normas para la contratación del servicio.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esa actividad, el artículo 1 de la Ley 182 de 1995 señaló:

La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

El artículo 2, a su vez, fijó los fines del servicio y recalcó que este se encaminaba a la satisfacción de los fines sociales del Estado. La misma norma enunció, entre otros, los principios de preeminencia del interés público sobre el privado y el respeto a los valores de igualdad.

A su vez, el artículo 4 de la indicada ley le asignó a la Comisión Nacional de Televisión la misión de regular esa actividad, así como las funciones de intervención, control y gestión del uso del espectro electromagnético destinado a la televisión, con el fin de garantizar “la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación”.

En relación con los aspectos que son objeto de controversia en el presente asunto –especialmente los que fueron aducidos en la demanda como causales de ruptura del equilibrio financiero de los contratos de concesión-, la ley comentada le atribuyó a la CNTV las siguientes funciones específicas:

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

(...) c) Clasificar, de conformidad con la presente Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios (...);

d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de

televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio–.

Las personas que infrinjan lo dispuesto en este literal serán sancionadas con multas individuales desde seiscientos (600) hasta seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción, y deberán cesar en las prácticas o conductas que hayan originado la sanción.

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

f) Asignar a los operadores del servicio de televisión las frecuencias que deban utilizar, de conformidad con el título y el plan de uso de las frecuencias aplicables al servicio, e impartir permisos para el montaje o modificación de las redes respectivas y para sus operaciones de prueba y definitivas, previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones;

g) Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias. Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años.

Al respecto, el citado artículo 5, letra g) señaló que los derechos, tasas y tarifas serían fijados por la entidad, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total, el ingreso per cápita en el área de cubrimiento y la recuperación de costos del servicio, “así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos”. Las tasas, cánones o derechos serían iguales para los operadores que cubrieran las mismas zonas, áreas o condiciones equivalentes.

En lo relativo al ordenamiento del espectro electromagnético y a la distribución y asignación de las frecuencias de televisión, la ley -en su artículo 28- le impuso al Ministerio de Comunicaciones la obligación de elaborar el inventario de las frecuencias de todo el espectro, con indicación de las que en ese momento estuvieran asignadas a la televisión, todo ello bajo los parámetros fijados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Con fundamento en ese inventario, el Ministerio debía coordinar con la CNTV el plan nacional de ordenamiento del espectro electromagnético para televisión, a fin de gestionar adecuadamente ese recurso estatal en su uso televisivo.

En armonía con lo anterior, el artículo 23 de la norma aludida estableció:

... La Comisión Nacional de Televisión coordinará previamente con el Ministerio de Comunicaciones el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para Televisión y los Planes de Utilización de Frecuencias para los distintos servicios, con base en los cuales hará la asignación de frecuencias a aquellas personas que en virtud de la ley o de concesión deban prestar el servicio de televisión. La Comisión sólo podrá asignar las frecuencias que previamente le haya otorgado el Ministerio de Comunicaciones para la operación del servicio de televisión.

Tal y como lo estableció el inciso cuarto del artículo 28, la asignación definitiva de las frecuencias de televisión debía ajustarse al plan de reordenamiento del espectro electromagnético y debía dar prioridad al canal de interés público, en lo relativo a las frecuencias en la banda preferencial.

De igual manera, la indicada disposición señaló:

... La asignación definitiva de las frecuencias deberá fundamentarse en el reordenamiento al que se refiere el presente artículo y deberá ser otorgada a los operadores zonales en condiciones que garanticen la igualdad de bandas entre estas.

La licitación para otorgar las concesiones de televisión a que se refieren estas, no podrá ser abierta hasta tanto no se concluya el reordenamiento de las frecuencias que se utilicen para el servicio de la televisión.

En relación con la instalación, montaje y funcionamiento de equipos y de las redes de televisión que utilizaran los operadores de ese servicio, el artículo 23 de la Ley 182 de 1995 dispuso que tales actividades habrían de ser coordinadas entre la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Comunicaciones.

Ahora, al tenor del artículo 35 de la misma ley, se entenderían como operadores del servicio de televisión a las personas jurídicas públicas o privadas que utilizaran directamente las frecuencias requeridas para la actividad de televisión, sobre un área determinada, “en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia”. Así, según la misma norma, serían operadores del servicio Inravisión, las organizaciones regionales de televisión y las personas jurídicas autorizadas “en virtud de contrato”.

De conformidad con el artículo 37, numeral 1, de la Ley 182 de 1995, se garantizaría la competencia entre operadores para la prestación del servicio de televisión en el nivel nacional, se prevendría cualquier práctica monopolística y se protegería la industria constituida al amparo del ordenamiento vigente, para lo cual, el Estado se reservaría esa prestación en el nivel nacional hasta el 1 de enero de 1998 –a través de Inravisión- y, a partir de esta fecha, el servicio podría ser prestado también por los operadores zonales “mediante encadenamiento o por extensión gradual del área de cubrimiento”, bajo las reglas que para el efecto impartiera la Junta Directiva de la CNTV.

Por otro lado, con respecto a la protección de la industria de la televisión, la Ley 182 de 1995 dispuso:

Artículo 63. El Estado reconoce como industria las actividades nacionales de producción

vinculadas al servicio de televisión y como tal, las estimulará y protegerá.

Parágrafo. Con el fin de garantizar la unidad nacional en la prestación del servicio de televisión en las cadenas nacionales a cargo del Estado, la Comisión Nacional de Televisión invertirá los recursos necesarios provenientes del "Fondo para el Desarrollo de la Televisión", con miras a asegurar en un período no mayor a cinco (5) años a partir de la vigencia de esta Ley, el cumplimiento total de este servicio en las áreas geográficas de los nuevos departamentos.

En materia de concesiones para el servicio de televisión, la Ley 182 de 1995 estableció lo siguiente:

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

Conforme al artículo 48, solo podrían participar en la licitación y ser concesionarias las personas que se encontraran inscritas y clasificadas en el registro único de operadores del servicio, a cargo de la CNTV. La misma norma estableció las siguientes pautas para las concesiones de televisión:

... El otorgamiento de la concesión por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión por contrato o licencia, dará lugar al pago de una tarifa que será independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio (...);

h) No habrá lugar a la reversión de los bienes de los particulares. Sin embargo, la Comisión Nacional de Televisión podrá acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos y condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes;

i) El establecimiento, uso, explotación, modificación o ampliación de la red de televisión autorizada deberán efectuarse de conformidad con el título de concesión, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión (...).

El mismo artículo 48, letra k), de la Ley 182 de 1995, previó a favor de la autoridad pública concedente la facultad de declarar la caducidad del contrato y proceder al cobro de la cláusula penal pecuniaria, potestad que operaría por las causales establecidas en la ley y, además, por “aquellas que las partes pacten en el correspondiente contrato”.

Ahora, de conformidad con el artículo 12, letra j) de la misma ley, le correspondía a la junta directiva de la CNTV convenir con Inravisión la manera como habría de garantizarse la continuidad del servicio de televisión en caso de suspensión, caducidad o terminación de los contratos celebrados con los concesionarios de espacios o con los operadores zonales del servicio.

Vale la pena destacar que, si bien los contratos de concesión de televisión que son materia de la presente controversia se rigieron por las normas especiales contenidas en la Ley 182 de 1995, en lo no regulado expresamente por esta les resultaba aplicable la Ley 80 de 1993.

En efecto, el artículo 33, párrafo, del estatuto general de contratación **pública dispone que los servicios de televisión deben concederse “mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”**. Sin perjuicio de ello, el artículo 5, letra k), de la Ley 182 de 1995 estableció como función de la Comisión Nacional de Televisión:

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

En lo atinente a las potestades excepcionales, en particular, la facultad de declarar la caducidad de los contratos de concesión, reitera la Sala que la Ley 182 de 1995 previó expresamente la posibilidad de su ejercicio, al conferir tal atribución a la CNTV en el artículo 48, letra k), anteriormente citado.

3.1.8. La Ley 182 de 1995 fue modificada parcialmente por la Ley 335 de 1996, la cual introdujo algunos cambios en la composición de la Junta Directiva de la CNTV y en la naturaleza jurídica de Inravisión

, al tiempo que adoptó nuevas medidas para la gestión, administración y operación del servicio.

En su artículo 13 –que modificó el artículo 56 de la Ley 182 de 1995–, la Ley 335 de 1996 previó la entrada en operación de los canales privados de televisión, en los siguientes términos:

A partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas Sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en

concesión en la respectiva cadena.

El artículo 17 de la misma ley le ordenó a la Comisión Nacional de Televisión abrir licitación para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis meses antes del vencimiento de cada uno de los contratos vigentes en el momento de expedición de la norma. Ello con el propósito -allí expresado- de establecer “la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y operadores del servicio”.

A efectos de lo anterior, indicó que los concesionarios de la televisión pública que recibieran en concesión la operación de los canales privados, tendrían la obligación de renunciar a los espacios de los canales públicos. Así, el parágrafo transitorio de la indicada norma, estableció:

La Comisión Nacional de Televisión expedirá el régimen de transición según el cual los actuales concesionarios de televisión deberán renunciar a sus espacios en caso de que alguno de ellos resulte adjudicatario de un canal nacional de operación privada, o de una estación local de televisión con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones.

El régimen de transición allí ordenado por el legislador fue expedido por la CNTV mediante el Acuerdo N° 026 del 22 de octubre de 1997, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las concesiones de los canales privados y “evitar la operación simultánea de dos concesiones” (artículo 2). En ese sentido, reiteró que los concesionarios de espacios de televisión en canales públicos que resultaran adjudicatarios de los canales privados, habrían de renunciar a los primeros en la fecha de suscripción de los nuevos contrato

. Asimismo, señaló que se ordenaría la apertura de la licitación tendiente a adjudicar los espacios de televisión pública, entregados por adjudicatarios de los canales privados, dentro de los tres meses siguientes a la renuncia de estos últimos (artículo 7.

Ahora bien, para el caso de los demás concesionarios de espacios en canales públicos –vale decir, los que no recibieron en adjudicación la operación de los canales privados-, el artículo 17, inciso segundo, de la misma Ley 335 de 1996 señaló:

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.

La Corte Constitucional resolvió sobre la exequibilidad de esta disposición normativa en la sentencia C-200 de 1998, providencia en la cual señaló que los cambios en la regulación del servicio –es decir, el paso de un modelo de prestación primordialmente estatal a uno mixto, dada la introducción de los operadores de canales privados- ameritaban la fijación de pautas y reglas de intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, con el fin de reorganizar territorialmente el servicio y el mercado y readjudicar los espacios para mejorar la operación de la televisión, todo lo cual, en sentir de la Corte, ameritaba un período de “reacomodo” en el que necesariamente se ponía en juego la estabilidad económica de todos los concesionarios y operadores. En esa medida, según ese máximo Tribunal, se justificaba la facultad prevista en la norma, de renunciar a los espacios de televisión entregados a las programadoras de los canales públicos, en cuanto estas no estuvieran en condiciones de seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales, puesto

que, impedir esa posibilidad pondría en riesgo el fin público consistente en la efectiva prestación del servicio de televisión.

Destacó la Corte:

... [L]os intereses generales a cuyo servicio está la función administrativa (C.P. art. 209), no necesariamente son contrarios a los intereses particulares. En materia de televisión, por ejemplo, el interés general consiste en la prestación eficiente del servicio, y el interés particular de cada uno de los concesionarios de espacios en los canales oficiales frecuentemente coincide con el general; así ocurre, por ejemplo, en lo que hace a la eficiente transmisión de los programas; si se presentan interrupciones, altibajos bruscos del sonido o distorsiones de la imagen durante la transmisión de los espacios producidos por ellos, la mayoría de los televidentes buscará otra entretención; cuando ello ocurre, se hace manifiesto que la prestación eficiente del servicio también es condición para la venta de pautas publicitarias, la recuperación de lo invertido, y la obtención de ganancias.

Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación (...).

En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV (...).

Según lo expuesto en la mencionada sentencia, la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 no entrañaba una condonación, toda vez que la renuncia a los espacios de televisión no necesariamente habría de causar un perjuicio económico al Estado, menos aun cuando era palmario que el contrato de concesión, como cualquier otro contrato, podía terminar incluso por mutuo acuerdo entre las partes.

No obstante, la Corte también advirtió que, en el evento en que la renuncia sí generara un daño, habría lugar a aplicar el principio de reparación del perjuicio a cargo de quien lo ocasionó, puesto que, si bien el artículo mencionado establecía que la sola renuncia no daba lugar a indemnización, ello no significaba en manera alguna una “irresponsabilidad patrimonial del concesionario”, sino que le bastaría a la CNTV acreditar el menoscabo sufrido para reclamar por las vías legales la correspondiente indemnización.

3.1.9. Mediante la Ley 680 de 2000 –que modificó las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996-, se adoptaron algunas medidas para optimizar las condiciones de operación del servicio de televisión, dado que el surgimiento de los canales privados había creado nuevos escenarios que exigían un cambio en la forma como se venía regulando toda la actividad.

En materia de competencia entre programadoras y operadores de televisión, la indicada ley autorizó la inversión extranjera en sociedades concesionarias hasta en el 40% de su capital social (artículo 1) y les permitió a las programadoras de los canales públicos la creación de consorcios o la fusión con otras personas jurídicas, previa aprobación de la CNTV y siempre que tales programadoras no tuvieran participación accionaria alguna en los canales privados de televisión y se encontraran al día en sus obligaciones contractuales con la entidad estatal (artículo 2).

La Ley 680 de 2001 previó expresamente la adopción de medidas para el restablecimiento del equilibrio financiero de los contratos de concesión, cuando este se viera afectado. Así, dispuso en el artículo 2, parágrafo tercero:

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

Asimismo, en virtud del artículo 6 se autorizó a la CNTV para que, durante los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 680 de 2001, revisara, modificara y reestructurara los contratos que en ese momento estuvieran en curso, celebrados con los operadores privados, los concesionarios de espacios en la televisión pública y los contratistas de otras modalidades del servicio, “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”.

En este punto, la norma indicó que, para efectos de la reestructuración de las tarifas, la CNTV debía tener en cuenta los cambios ocurridos en la oferta y en la demanda potencial de la pauta publicitaria en televisión. De igual manera, precisó que los concesionarios serían “titulares de la renuncia y de la terminación anticipada de los contratos”, previstas en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

A la par con lo anterior, la Ley 680 de 2001 adoptó las siguientes medidas:

Artículo 9. Los operadores públicos y privados tendrán derecho, en igualdad de condiciones a la reposición de frecuencias que sean necesarias para emitir su señal sin costo alguno, en el evento de que por decisión de autoridad competente se produzca una reestructuración de las asignadas para el servicio de público de televisión abierta.

En este caso no tendrán que participar en nuevas licitaciones o concursos para la adjudicación de nuevas frecuencias. El contrato inicial será título suficiente para acceder a las nuevas frecuencias.

Artículo 12. Con el fin de garantizar la recepción de los canales de operación pública y privada a todos los habitantes del territorio nacional, aquellos podrán, a partir de la vigencia de la presente ley, utilizar medios tecnológicos distintos de los propios para transmitir y emitir sus señales de televisión a los territorios y poblaciones no cubiertas al momento de la expedición de la presente ley, siempre y cuando se haga de manera radiodifundida y se garantice que los habitantes reciban la señal de manera gratuita. Para este efecto podrán celebrar contratos con terceros y utilizar redes autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones o la Comisión Nacional de Televisión, distintas a las propias, para cumplir con la obligación legal, contractual y/o reglamentaria de cubrir un determinado territorio o porcentaje de población con señal de televisión abierta.

3.2. Análisis de los recursos de apelación contra la sentencia referente a los actos que declararon

la caducidad de los contratos

A efectos de examinar la ocurrencia de las transgresiones normativas alegadas por los demandantes en los cargos de nulidad y puntualmente, en los recursos de apelación, pasará la Sala a abordar el estudio de legalidad de los actos enjuiciados, como sigue.

3.2.1. La sociedad Suramericana de Seguros S.A. –cesionaria de los derechos litigiosos de la compañía Agrícola de Seguros S.A.- manifestó en la apelación que el sentenciador de primer grado debió reconocer la renuncia a los espacios de televisión como una facultad unilateral expresamente establecida por el legislador en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, en vista de la crisis económica que presentaba el sector, de suerte que no debió añadirle a la norma requisitos que no había previsto. Asimismo consideró que, si el artículo referido fijaba la terminación anticipada del contrato como efecto inmediato de la renuncia, nada justificaba la declaratoria de caducidad de un negocio ya finalizado, menos cuando las obligaciones de Punch S.A. no superaban el 20% del valor asegurado de cada contrato.

3.2.2. A su turno, la apelante Producciones Punch S.A. manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la facultad de renuncia mencionada operaba de manera inmediata, de forma que su efectividad no estaba sujeta a la expedición de un acto de aceptación por parte de la CNTV, por lo que la programadora no podía ser obligada a continuar ejecutando el contrato si se hallaba en situación de pérdida económica.

Señaló que su renuncia no paralizó la prestación del servicio en la magnitud suficiente como para habilitar a la CNTV para declarar la caducidad del contrato, mientras que sí se evidenció que la programadora cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, al tiempo que la entidad concedente contaba con plenas garantías para procurar la continuidad del servicio y exigir el pago de las tarifas adeudadas por Punch S.A., al margen de la finalización de los contratos.

3.2.3. Al respecto se advierte, en primer término, que, como se señaló en la referencia de los hechos probados, la caducidad de los contratos que son materia de la presente controversia fue declarada por la CNTV con fundamento en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, estatuto que, se reitera, también les resultaba aplicable a los contratos de concesión del servicio de televisión, toda vez que el artículo 5, letra k), la Ley 182 de 1995 -esto es, la ley especial que reguló tales negocios jurídicos- indicó que, para ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza, la CNTV habría de sujetarse a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 80 de 1993. Asimismo, se recalca que el artículo 48, letra k), de la Ley 182 de 1995 le confirió expresamente a la CNTV la facultad de declarar la caducidad del contrato cuando se cumpliera cualquiera de las causales establecidas en la ley o, “aquellas que las partes pacten en el correspondiente contrato”.

Adicionalmente, en los dos contratos de concesión, las partes acordaron que la entidad concedente tendría la facultad de declarar la caducidad, por las causales pactadas en la cláusula décima séptima de cada uno de esos negocios jurídicos. Por tanto, resulta claro que la Comisión Nacional de Televisión estaba habilitada por la ley y por los contratos, para ejercer la indicada potestad excepcional.

Ahora, la Sala debe precisar que, si bien el artículo 17 de la Ley 336 de 1995 no señaló requisitos para el ejercicio de las facultades de renuncia y terminación anticipada del contrato por parte de las concesionarias de televisión, no es menos cierto que la norma aludida no podía ser interpretada ni aplicada de manera aislada, sin atender a los principios que regulan la autonomía

de la voluntad y el ejercicio mismo de derechos o atribuciones que el ordenamiento les confiere a los administrados.

En efecto, como se señaló de manera precedente, al esclarecer la finalidad y el sentido de la norma en el juicio sobre su exequibilidad, la Corte Constitucional precisó que el objetivo primordial de esa facultad de renuncia era la salvaguarda de un interés general, a saber: la prestación continua y eficiente del servicio público de televisión.

Así, en la sentencia C-200 de 1998, anteriormente referida, la Corte también indicó:

Ahora bien: si el interés general se concreta en la prestación eficiente del servicio, no necesariamente es contraria al mismo la renuncia a la concesión del titular que, por una u otra razón, no puede continuar ejecutando el contrato hasta agotar el término pactado; esa renuncia a la concesión solo eventualmente es favorable a los intereses de quien la realiza y se priva de continuar explotando una actividad que es lucrativa (...).

Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, **deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación.** Desde esta perspectiva, la previsión contemplada en el inciso demandado sirve al interés general tanto como puede ser favorable al interés particular del concesionario abocado a renunciar (...).

[L]a prestación de los servicios públicos es en último término responsabilidad del Estado (art. 365 C.P.), aunque la continuidad de tal prestación no dependa enteramente de las decisiones de los funcionarios y órganos estatales, pues los usuarios están llamados a participar en la adopción de ellas, y tanto las comunidades organizadas como los particulares pueden concurrir a la prestación de uno u otro de tales servicios en los términos definidos por la ley (resalta la Sala).

En ese sentido, más que un derecho que le asistiera a la programadora, era una medida que procedería cuando aquella no se hallara en condiciones de continuar explotando los espacios concedidos, y siempre que se dieran las condiciones para terminar válidamente el contrato. El objetivo, entonces, más allá de salvar la situación financiera de los prestadores, era proteger el servicio de los efectos económicos adversos que podrían sobrevenir merced a los cambios que por ese entonces se estaban implementando en varios frentes, especialmente el del mercado.

En esa medida, mal podía la firma concesionaria proceder a una terminación inmediata e intempestiva del contrato sin menoscabar con ello la finalidad de la norma que le otorgó la facultad de renunciar a los espacios de televisión; finalidad que, se insiste, era la de dar continuidad y eficiencia al servicio, el cual resultó afectado precisamente con la devolución de los espacios de televisión por parte de Producciones Punch S.A., en la forma como se dio.

En suma, eran múltiples los elementos que concurrían en el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, pues por una parte, estaba la necesidad de garantizar un servicio público y su prestación continua y eficiente, mientras que por otro lado, emergía una situación específica que tenía la potencialidad de afectar negativamente ese objetivo: la adversa situación financiera de los concesionarios de los espacios de televisión. Finalmente, y en menor medida, operaba la discrecionalidad de la programadora, no para que ejerciera la renuncia en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia, sino para que asumiera la responsabilidad de evaluar si, dadas sus particulares condiciones económicas, administrativas, técnicas y operativas,

le era posible o no continuar prestando el servicio.

Como lo anotó la misma Corte Constitucional, la obligación de garantizar esa prestación recaía en cabeza del Estado, vale decir, de la Comisión Nacional de Televisión, pero no estaba plenamente en sus manos lograr la materialización de ese propósito, pues en virtud de los contratos de concesión, eran las programadoras las encargadas de hacer operar la televisión pública en los espacios entregados. Por tanto, la renuncia a esas concesiones acarrearía varias responsabilidades, entre estas la de manifestarlo oportunamente, de manera que la entidad estatal pudiera ejercer sin tropiezos las garantías que la ley le otorgaba para cumplir con su cometido, sin afectar la continuidad del servicio.

En este escenario, jugaba entonces un papel primordial el principio que impone no abusar de los derechos porque, se reitera, se ejerció una facultad que, por su connotación discrecional, le otorgaba una ventaja a quien estaba llamado a ejercerla. Como bien lo ha sostenido igualmente la Corte Constitucional, “los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula. Por tanto, la posibilidad de renunciar a los espacios de televisión y de devolverlos a la entidad concedente debió tomarse por Producciones Punch S.A. de manera que no se afectara la continuidad del servicio, pues justamente esto último era lo que buscaba la norma que consagró esa facultad ejercida por la hoy demandante. Así, en particular, se debía tener presente que la renuncia no implicaba para el concesionario la posibilidad de abandonar, sin más, la ejecución del contrato celebrado, sino que daba lugar a la terminación bilateral del negocio jurídico, esto es, con la participación de la entidad contratante, puesto que si bien el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 refería la terminación anticipada del contrato, esta no podía entenderse como unilateral ni inmediata.

Así, en remisión a los fundamentos esenciales sobre los que se cimientan las relaciones contractuales, era claro que los contratos de concesión de televisión materia del presente proceso no debían tenerse por terminados con la sola manifestación de renuncia hecha por Producciones Punch S.A., en particular porque se encontraba pendiente el cumplimiento de obligaciones determinadas, como lo era el pago de las tarifas ya causadas por la explotación de espacios de televisión. En otras palabras, no bastaba la renuncia, puesto que además se requería la formal terminación del vínculo contractual, para que se entendiera liberado el contratista de sus obligaciones.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, y como se desprende de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes referida, la facultad otorgada a los concesionarios de televisión en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 no podía conllevar a la terminación intempestiva de los contratos, especialmente porque se trataba de un servicio público que debía prestarse sin solución de continuidad, y menos podía paralizarse en forma súbita la explotación de los espacios sin haberse pagado la totalidad de las tarifas causadas con anterioridad a la fecha de la renuncia.

Al respecto, dijo el Consejo de Estado—:

[P]reviéndose las variaciones tanto en el ámbito técnico y económico del servicio, lo cual podría acarrear dificultades para ciertos concesionarios u operadores, se facultó la posibilidad de la renuncia por parte del concesionario y proceder a la terminación anticipada sin indemnización del contrato (...).

En este orden de ideas (...), el concesionario podía renunciar al pago de las tarifas no causadas en virtud de la vigencia del contrato de concesión sin indemnización alguna, siempre que el concesionario no se encontrara incurso en incumplimiento de la cancelación de las tarifas causadas, ya que de no cumplir de manera grave con dichas obligaciones, ineludiblemente [podía] conllevar a la declaración de la caducidad del contrato (...).

[E]s el concesionario quien asume llevar por cuenta y riesgo propio la explotación de la prestación del servicio público de televisión, debiendo cumplir con el pago de tarifas establecidas por la CNTV, especialmente en las condiciones del régimen de transición, por lo cual es plenamente responsabilidad del concesionario prever y estudiar tanto los factores de competencia y variaciones técnicas en que se encontraba el uso del espectro electromagnético para cumplir con los pagos tarifarios al margen de la ejecución del contrato (...).

[Las inconsistencias técnicas en las redes de televisión eran] razones suficientes para oportunamente desistir en la explotación del espectro electromagnético, por lo que si el contratista decidió aun en esas condiciones, hacer uso del espectro electromagnético, debía entonces, cumplir con el pago de las tarifas. (Destaca la Sala).

En ese mismo sentido, se reitera que los contratos no podían tenerse por terminados con ocasión de la renuncia, mientras la autoridad estatal concedente no la aceptara expresamente, dada la necesidad de no afectar la continuidad y eficiencia del servicio mediante la suscripción de la respectiva terminación de común acuerdo del contrato de concesión. La propia doctrina ha expuesto que la revocatoria de los actos jurídicos, para que sea válida y eficaz, debe darse por quienes participaron en su celebración o conformación.

Así, se ha sostenido:

[L]a revocación voluntaria es un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero (...).

[E]l reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada implica, de ordinario, el vigor normativo que a las manifestaciones de esta les atribuye la ley, como si las decisiones adoptadas por los agentes hubieran sido dictadas por el propio legislador (...).

Por consiguiente, del mismo modo que la ley puede derogar sus propios mandatos y así disolver los vínculos jurídicos que ella haya establecido entre sus súbditos, la voluntad privada también puede dejar sin efecto las prescripciones libremente consentidas por quienes participaron anteriormente en un acto jurídico (...).

La revocación voluntaria, en principio, es un acto jurídico convencional o unipersonal, al igual que el acto por revocar. Siendo esto así, es claro que el acto de la revocación debe también reunir todas las condiciones y requisitos para su existencia y validez. Así, en principio, debe contar con la voluntad o consentimiento de todos los que participaron en el acto revocado.

Así entonces, para que la renuncia de Producciones Punch S.A. surtiera efectos sin dar lugar a la declaratoria de caducidad, debieron adelantarse seguidamente los trámites pertinentes, acordados entre las partes, para dar por finiquitadas las obligaciones que aún se encontraban pendientes de cumplimiento y terminar válidamente y de consuno, los contratos de concesión.

Por ello recalca la Sala que la renuncia no se traducía en la posibilidad para el contratista, de abandonar intempestivamente la ejecución del contrato, afectando los intereses de la contraparte

y en particular, la prestación y continuidad del servicio, menos aún si existían obligaciones pendientes a cargo de la programadora. Bajo esa línea, la compañía productora debió contar con el consentimiento de la CNTV, que era la otra parte del contrato, y le había confiado a esa concesionaria la operación del servicio que la entidad pública estaba llamada legalmente a garantizar.

Lo anterior por cuanto, siendo la contratista una colaboradora del Estado en la prestación del servicio público y entendiendo que las facultades que la ley le otorgaba para ejercer determinados actos como, en el presente caso, la terminación anticipada, debían atender a un fin público, debió obrar en ese específico acto también como colaboradora de la administración y procurar hacerlo en un tiempo prudencial, considerando que la entidad debía tener la oportunidad de disponer los recursos y medios financieros, administrativos y logísticos para continuar garantizando el servicio, lo cual difícilmente podía lograrse en el término de dos días, que fue lo anunciado por la programadora en su primera manifestación de renuncia.

Así las cosas, la Sala reitera que si bien la programadora podía renunciar a la ejecución de las concesiones, le asistía el deber de formalizar dicha renuncia a través de la terminación bilateral del contrato, con la participación de la entidad contratante, mediante la suscripción conjunta del respectivo instrumento.

Al no cumplirse con tales presupuestos, la sola renuncia de Producciones Punch S.A. no se tradujo en la terminación del contrato, lo que hace palmario que en el presente caso estaban dados los presupuestos para la declaratoria de caducidad de los contratos de concesión, a saber: el incumplimiento grave de Producciones Punch S.A. al abstenerse indebidamente de prestar el servicio, y el no pago de las tarifas correspondientes.

Ahora bien, la parte apelante también reprocha que se hubiera señalado en los actos acusados, que la deuda de Producciones Punch S.A. por concepto de tarifas ya había superado el tope del 20% del valor asegurado de los contratos, y afirma en su recurso que, de conformidad con el dictamen pericial rendido en el proceso, para la fecha de la renuncia, la obligación era inferior al porcentaje señalado. Tal argumento no puede ser acogido en esta instancia para desvirtuar la legalidad de la declaratoria de caducidad de los contratos puesto que, contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, las concesiones no finalizaron con la sola presentación de la renuncia por parte de la productora, ni en la fecha en que cesó el servicio, esto es, el 19 de mayo de 2000 –puesto que no se había producido la terminación bilateral del contrato–, de manera que en los días posteriores continuaron causándose las tarifas que debían ser pagadas por la firma concesionaria.

En esa medida, al no desvirtuarse con prueba en contrario lo afirmado por la CNTV en las resoluciones enjuiciadas, en cuanto a que con corte al 7 de julio de 2000 las obligaciones de Producciones Punch S.A. por concepto de tarifas rebasaban el 20% del valor total asegurado de cada contrato, se mantiene incólume también en este punto la presunción de legalidad de los mencionados actos administrativos.

Finalmente, debe recalcar la Sala lo expuesto en la sentencia apelada, referente a la no violación del derecho de igualdad por parte de la CNTV, al no aceptar la renuncia de Producciones Punch S.A. pero sí acceder a la misma solicitud respecto de otras programadoras de televisión. La parte actora pretendió refutar este aspecto del análisis señalando que todas las firmas concesionarias estaban en igualdad de condiciones y en la misma situación de hecho, puesto que todas presentaron pérdidas económicas durante la ejecución de los contratos. Sin embargo, siendo

cierta esa circunstancia, también lo es que en sesión ordinaria del 18 de mayo de 2000, la Junta Directiva de la CNTV evidenció que, a diferencia de las programadoras a las que se les aceptó la renuncia, Producciones Punch S.A. tenía obligaciones pendientes por el no pago total de las tarifas causadas, de manera que debía someterse a estudio la viabilidad de aceptar su devolución de los espacios de televisión sin haber cumplido con los indicados compromisos. Por consiguiente, mal puede aducirse la vulneración del derecho a la igualdad, cuando las pruebas evidencian que no todas las programadoras se encontraban en similares condiciones para la aceptación de sus renunciaciones, puesto que solo algunas se encontraban a paz y salvo con la entidad estatal concedente, pero no era ese el caso de la firma hoy demandante.

3.3. La legalidad de los actos de liquidación unilateral

Como se anotó anteriormente, en la sentencia de primera instancia se señaló que se ajustaban a derecho las Resoluciones 515 y 516 del 23 de julio de 2001, mediante las cuales, la Comisión Nacional de Televisión procedió a liquidar unilateralmente los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998, respectivamente, por cuanto a la entidad le asistía plena competencia para ello, merced a que los indicados actos administrativos fueron expedidos con anterioridad a la demanda en la que se solicitó la liquidación judicial de los contratos. Asimismo, el a-quo recalcó la legalidad de los actos de liquidación sobre la base de que las cifras señaladas por la CNTV habían sido debidamente sustentadas en las resoluciones, en especial al referirse el capital, los intereses y el capital que adeudaba la concesionaria.

La sociedad Producciones Punch S.A., al cuestionar la legalidad de los indicados actos de liquidación, señaló que fueron expedidos cuando la CNTV había perdido la competencia para ello -por hallarse en curso la demanda en la que se solicitó la liquidación judicial de los contratos y adolecían de falsa motivación al sustentarse en las resoluciones que declararon la caducidad de los contratos, decisiones estas que eran contrarias al ordenamiento jurídico –especialmente al hacer efectiva la cláusula penal por un incumplimiento que, en su sentir, no se configuró- y, por tanto, viciadas de nulidad. En todo caso -adujo-, tanto en las resoluciones de declaratoria de caducidad como en las que dispusieron la liquidación unilateral de los contratos, se dio aplicación a la cláusula penal pactada en las concesiones, a pesar de que esa sanción no procedía en el caso concreto y no fue proporcional a los pagos que en la época de los hechos debió hacer la programadora.

A la luz de lo señalado por la Sala en el acápite precedente, es palmario que no pueden ser acogidos los argumentos expuestos por la parte actora contra la legalidad de los actos de liquidación unilateral de los contratos, puesto que, se reitera, la imposición de la cláusula penal por parte de la CNTV resultaba ajustada a derecho, al haberse cumplido la causal establecida por las mismas partes en las respectivas concesiones, esto es, la declaratoria misma de caducidad de los contratos y el hecho de que la deuda contraída por Producciones Punch S.A. por concepto de tarifas superara el 20% del valor total asegurado del contrato.

En este punto es pertinente señalar, una vez más, que en el proceso no fueron desvirtuadas las cifras calculadas por la entidad en los actos enjuiciados, en particular, el monto de las obligaciones de la programadora, estimadas con corte al 7 de julio de 2000, fecha en la que los contratos no podían tenerse por terminados, como ya se anotó, por lo que en ese momento continuaban causándose las tarifas a cargo de la concesionaria.

En efecto, la CNTV señaló que, para la fecha mencionada y según certificación de la División de Inversiones y Tesorería, Punch S.A. adeudaba las siguientes sumas de dinero, por concepto de

capital:

Contrato N° 104 de 1997: ----- \$893'549.526, monto superior a la suma de \$835'370.868, que equivalía al 20% del valor total asegurado del contrato (\$4.176'854.340).

Contrato N° 160 de 1998: ----- \$111'742.834, cantidad superior a la suma de \$106'452.485, que equivalía al 20% del valor total asegurado del contrato (\$532'262.425).

Así entonces, toda vez que tanto la declaratoria de caducidad de los contratos como la imposición de la cláusula penal resultaban procedentes en el caso concreto, y que los valores que la CNTV señaló como certificados por la dependencia competente no fueron desvirtuados con prueba en contrario, no prospera el cargo de falsa motivación que la parte actora invocó contra las resoluciones mencionadas.

Por otra parte, se recalca que la CNTV profirió los mencionados actos administrativos revestida de competencia temporal. Así, de conformidad con los hechos probados y con las fechas y términos en que se adelantaron los procesos que hoy se resuelven en esta sentencia, la demanda instaurada por Producciones Punch S.A. –radicada con el N° 2001 001523- para solicitar la nulidad de los actos expedidos por la CNTV y la liquidación judicial del contrato, fue presentada el 6 de julio de 2001 (fls. 2 al 59, c.2), en tanto que su admisión se dispuso en providencia del 16 de agosto de 2001, la cual le fue notificada a la CNTV el 17 de septiembre de ese mismo año. Las Resoluciones 515 y 516 –por las cuales la Comisión Nacional de Televisión liquidó unilateralmente los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998- fueron expedidas el 23 de julio de 2001, esto es –se reitera- antes de que la aludida demanda le fuera notificada al ente demandado, de suerte que este punto de la controversia debe concluirse en el sentido de que los actos acusados no adolecían de falta de competencia, como lo adujo el censor.

3.4. Análisis del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia relativa al equilibrio económico de los contratos

Habida cuenta de la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 -así como la de los actos que dispusieron su liquidación unilateral-, la Sala deberá examinar, en segundo término, lo relativo al equilibrio económico de tales negocios jurídicos, cuya ruptura ha sido alegada por la programadora Producciones Punch S.A.

En la sentencia impugnada se consideró que no se había probado tal rompimiento de la ecuación contractual, puesto que ninguna de las propuestas económicas presentadas por la demandante en cada una de las licitaciones fue aportada al juicio, pese a que tales instrumentos, según el a quo, resultaban indispensables para establecer el marco obligacional de las concesiones y los puntos sobre los que se cimentó el equilibrio de los negocios jurídicos.

La apelante, por su parte, manifestó que la postura del Tribunal de primera instancia le imponía a la demandante una tarifa legal no prevista en las normas procesales y contrapuesta al principio de la sana crítica, además de lo cual, desconocía que el desequilibrio de los contratos podía examinarse con las probanzas que sí se aportaron al proceso, especialmente los documentos del contrato y los testimonios rendidos en la etapa probatoria. En punto de ello, alegó como causas del alegado desequilibrio: i) los cambios de frecuencias para los canales públicos, a favor de los canales privados, ii) el deterioro considerable de la red pública de televisión y la “no implementación del Plan de Ajuste de la Red tal y como lo ordenaba la legislación” iii) la

adjudicación “antitécnica” de los espacios de televisión y, iv) la recesión económica de 1999.

El equilibrio económico está previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 como una condición que debe reunir todo contrato estatal para garantizar la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones mutuas derivadas del negocio jurídico, de suerte que, alterada o fracturada tal equivalencia o equilibrio, las partes deben proceder a su restablecimiento.

Recientemente, esta noción ha sido abordada por la jurisprudencia, en los siguientes términos:

[S]i bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación comercial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada—.

Luego, el deber de mantener la ecuación económica contractual se predica especialmente frente a aquellas condiciones y contraprestaciones que las partes han pactado al celebrar el contrato, y en virtud de las cuales esperan recibir los beneficios y provechos mutuamente equivalentes que les otorgará la ejecución del objeto comercial —configurados precisamente bajo el principio de equivalencia de prestaciones—.

En cuanto a las causas de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia y la doctrina las han clasificado en tres grupos esenciales, sobre los que se ha expuesto:

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo —ius variandi—, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o 'teoría del hecho del príncipe', como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o 'teoría de la imprevisión', o 'sujeciones materiales imprevistas', que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación (...), o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura—.

Sin dejar de lado los elementos que pueden dar lugar al rompimiento de la ecuación contractual, debe recalcar con especial énfasis que, el surgimiento de la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato no depende únicamente de que se configure cualquiera de las indicadas causales subrayadas por la jurisprudencia, pues también se requiere que la alteración de la conmutatividad contractual sea anormal, extraordinaria e imprevista, lo que significa que

debe ser ajena al álea normal y previsible del contrato, el cual, por su naturaleza, entraña riesgos que le son inherentes y que las partes están en el deber de prever y asumir, en proporción a las cargas que a cada una le correspondan. En esa medida, solo es posible señalar la ruptura del equilibrio contractual cuando el desbalance sobrepasa los límites razonables de previsibilidad bajo los cuales las partes hayan pactado las cláusulas del negocio jurídico, y ello incide en la continuidad del mismo, correspondiéndole a las partes restablecer esa ruptura, en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidad, dado que el incumplimiento de uno de los contratantes entraña, ciertamente, la afectación de los derechos de la parte cumplida, puede pensarse que la inobservancia de las obligaciones de la administración da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, máxime cuando el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 señala el incumplimiento como una de las causas de tal ruptura; sin embargo, las consecuencias del incumplimiento del contrato por parte de la entidad pública operan con mayor propiedad bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto se trata de dos "...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos, dado que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrat.

En lo que atañe al equilibrio económico de los contratos de concesión del servicio de televisión como los que son materia de esta controversia, esta Subsección ha puntualizad—:

En la Ley 182 de 1995 no se incluyó una regulación sobre el equilibrio económico del contrato, aunque, por supuesto, este es una condición ínsita entre el Estado y sus concesionarios, si se mira de cara a las disposiciones sobre el cumplimiento de los fines del servicio de televisión, a la garantía de igualdad de acceso y a la libre competencia del mercad"

"

,

(...).

Puede indicarse que la figura del equilibrio económico comparte fundamentos con las siguientes instituciones propias del derecho civil y comercial: i) la conmutatividad del contrato oneroso y el reconocimiento de que frente a la prestación que se torna irrisoria ocurre la ruptura de la conmutatividad y ii) el derecho a la revisión por circunstancias imprevistas cuando las mismas ocasionan una excesiva la carga contractual, frente a la cual 'el juez puede ordenar los reajustes que la equidad le indique' siguiendo las voces del artículo 868 del C.Co.

De igual manera, la Subsección ha recalcado que el examen del pretendido desbalance económico del contrato de concesión del servicio de televisión —como en los demás tipos de contrato estatal- debe partir de la asignación o distribución de riesgos del contrat y de la forma como este fue ejecutado. Ello reviste meridiana relevancia si se tiene en cuenta que, como se señaló, solo comporta rompimiento del equilibrio contractual aquella contingencia o hecho que sobrepase o supere los riesgos inherentes al contrato y previsible por las partes en el momento de celebrar el acuerdo de voluntades.

En el caso hoy examinado por la Sala, sobre las mismas bases fijadas frente a contratos como los que son materia de esta controversia, se advierte que si bien las concesiones 104 de 1997 y 160 de 1998 no contenían cláusulas en las que expresamente se hubiera efectuado la distribución de los riesgos, la ecuación contractual de tales negocios jurídicos estaba determinada por el derecho del concesionario a utilizar las frecuencias del espectro electromagnético para televisión y su obligación de pagarle a la CNTV una tarifa por ese uso.

Debe anotarse que en el proceso no obró la propuesta económica presentada por Producciones Punch S.A., que habría permitido establecer la afectación proyectada del presupuesto de los contratos con cargo a los imprevistos admisibles; es decir, no se probaron las proyecciones financieras iniciales de las concesiones, previstas en los documentos de la fase precontractual, elementos que se echaron de menos en la sentencia de primera instancia y que, contrario a lo afirmado por la apelante, eran necesarios para definir las bases financieras sobre las que se estructuraba la ecuación económica de cada concesión. Ciertamente, como se adujo en el recurso, la prueba del desequilibrio financiero del contrato no se sujeta a una tarifa legal en la que se exija con rigorismo y ad substantiam actus la oferta económica del contratista; sin embargo, hay elementos del equilibrio contractual que solo pueden definirse con el examen de los valores, porcentajes y demás proyecciones económicas que el contratista del Estado realiza y acepta al participar en el proceso de selección y suscribir posteriormente el contrato en las condiciones previamente establecidas por ambas partes.

Así, aunque en la causa se demostraron eventos alegados por la parte demandante, en particular, los cambios en las frecuencias y el deterioro de las señales de televisión, no es posible establecer el grado de incidencia de tales fenómenos en la ecuación financiera de los contratos, puesto que la misma se estructuraba –como ya se anotó– sobre unas bases establecidas en la propuesta económica, no aportada a este juicio; y en todo caso, quedó igualmente demostrado que Producciones Punch S.A. continuó ejecutando el contrato en 1999 y entre enero y mayo de 2000 pese a las comentadas contingencias y a su situación financiera desfavorable, no obstante asistirle la facultad legal de renunciar oportunamente a los espacios de televisión.

Con todo, la Sala se referirá a cada uno de los aspectos señalados en el recurso de apelación como causales del supuesto desequilibrio contractual, esto es: i) los cambios de frecuencias para los canales públicos, ii) los daños en la red pública de televisión y la “no implementación del Plan de Ajuste respectivo y, iii) la adjudicación de los espacios de televisión, que Producciones Punch S.A. consideró “antitécnica”.

i) Cambios en las frecuencias

La parte actora reprocha en este punto, que los Planes de Utilización de las Frecuencias de Televisión –contenidos inicialmente en el Acuerdo N° 21 del 16 de junio de 1997– hubieran sido adoptados por la CNTV para modificar el uso que se venía haciendo de tales elementos desde hacía varios años, y que esos cambios se hubieran realizado cuando ya se encontraba en curso la Licitación Pública N° 001 de 1997, en cuyos pliegos de condiciones –adujo– nunca se incorporaron los mismos. Esta circunstancia, en sentir de la demandante, implicó que Producciones Punch S.A. y las demás programadoras oferentes participaran en el proceso de selección sin tener conocimiento de que se harían los cambios en las frecuencias y, por tanto, no pudieran prever el daño que sufrirían como consecuencia de estos.

Adicionalmente, afirmó que la implementación de los planes contenidos en el Acuerdo 21 de 1997 no se hizo en ese año sino a partir de 1998, cuando ya estaban ejecutándose los contratos de

concesión hoy en litigio, lo cual afectó los niveles de audiencia esperados por Punch S.A. y las demás programadoras de las cadenas públicas, dado que las modificaciones de frecuencias obligaban a la población a sintonizarlas en canales distintos y a soportar, al mismo tiempo, las interferencias ocasionadas por los cambios y por las múltiples contingencias que se presentaron en ese proceso, especialmente por el estado de la red, en todo el país.

Por otro lado, manifestó que, en desarrollo del Plan de Ajuste, la CNTV evidenció la necesidad de adelantar un Plan de Contingencia, que implicó nuevos cambios en las frecuencias, a fin de que los canales privados pudieran salir al aire a partir de julio de 1998, como se había previsto.

Al respecto, cabe anotar que, si bien el pliego de condiciones de la Licitación Pública N° 001 de 1997 no incluyó en su marco jurídico el Acuerdo 21 de 1997 –lo cual podría ser indicativo de que los planes allí referidos se adoptaron después de abierto ese proceso de selección-, no es menos cierto que el contrato N° 104 fue celebrado el 13 de noviembre de 1997, cuando el indicado acuerdo ya se había expedido y había sido objeto de una primera modificación.

Debe advertirse, además, que para la época de apertura de la Licitación N° 001 de 1997, la Ley 182 de 1995 ya había dispuesto –especialmente en los artículos 23 y 28- el reordenamiento del espectro electromagnético para televisión y la asignación de frecuencias con base en este, y asimismo, la Ley 335 de 1996 ya había establecido que los canales privados entrarían a operar a partir del mes de enero de 1998 (artículo 13).

Por tanto, los cambios en las frecuencias que se venían utilizando en la televisión pública hasta 1997 eran y debían ser previsibles para Producciones Punch S.A. en el momento de presentar propuesta para las concesiones de espacios en los canales públicos, máxime en el proceso de selección que culminó con el contrato N° 160 de 1998, cuya licitación fue posterior al Acuerdo N° 21 de 1997 y se adelantó, precisamente, con ocasión del ingreso de los operadores nacionales privados. De manera que, habida cuenta de tal previsibilidad de los hechos aducidos por la actora y de sus consecuencias, era responsabilidad de la programadora adoptar las medidas técnicas, económicas, comerciales y jurídicas pertinentes para asumir los riesgos que podían razonablemente derivarse de esos cambios en las frecuencias de televisión, previstos por el legislador.

Adicionalmente, toda vez que los mencionados cambios hicieron parte de los Planes de Utilización implementados en el Acuerdo N° 21 de 1997 y modificados en otras decisiones posteriores de la CNTV, resulta claro que las modificaciones en la asignación de las frecuencias se dispusieron en actos administrativos, respecto de los cuales no consta que hubieran sido recurridos o enjuiciados por Producciones Punch S.A.

En esa medida, mal puede aducirse que el reordenamiento, asignación y cambio de las frecuencias de televisión, implementados por la CNTV entre 1997 y 1998, entrañaran un riesgo imprevisible para la sociedad concesionaria o superaran el álea normal de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998.

ii) Las obligaciones legales de la CNTV respecto al mantenimiento de la red de televisión y la modernización de Inravisión

Para la sociedad apelante, las condiciones de deterioro detectadas en la red de televisión, especialmente las detalladas en el survey o diagnóstico hecho por el consorcio contratado por la CNTV, dieron lugar a que las transmisiones de los canales públicos resultaran afectadas en múltiples zonas del país. De igual manera, los daños y las consecuentes reparaciones que se

tuvieron que efectuar en la red alteraron la normal prestación del servicio, a tal punto que los anunciantes dejaron de contratar pautas publicitarias en la televisión, lo cual, a su vez, le generó perjuicios a Producciones Punch S.A.

Según la recurrente, las estaciones que presentaron deterioros le daban cobertura a importantes zonas del país, en las cuales se concentraban los mayores porcentajes de audiencia, como era el caso de la estación Manjui, destinada a la transmisión de los canales públicos de cobertura nacional, en la ciudad de Bogotá. Por otro lado, el plan de ajuste adelantado por la CNTV fue tardío, puesto que debió ejecutarse en su totalidad antes de procederse a la adjudicación de los espacios de los canales públicos y la selección de los operadores privados.

De esta manera, lo que aduce la apelante es la inobservancia, por parte de la autoridad pública, de unas funciones legales cuyo incumplimiento incidió en el normal desarrollo de los contratos de concesión, hasta el punto de afectar su ecuación económica.

Frente a las obligaciones legales específicas de la CNTV respecto de la red de televisión, el artículo 19 del Decreto-ley 1900 de 1990 establecía que las facultades de administración, gestión y control del espectro electromagnético –que para la actividad de la televisión le correspondían a la CNTV- comprendían, entre otras tareas, la planeación, coordinación, asignación y verificación de las frecuencias y el otorgamiento de permisos para su utilización, así como “la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades”.

El artículo 4 de la ley 182 de 1995 le asignó a la CNTV, precisamente, la misión de regular el servicio de televisión y las funciones de intervención, control y gestión del uso del espectro electromagnético destinado a esa actividad. A su vez, el artículo 5 de la misma ley, dispuso:

En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

(...) c) Clasificar, de conformidad con la presente Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales (...).

En relación con la instalación, montaje y funcionamiento de equipos y de las redes de televisión que utilizaran los operadores de ese servicio, el artículo 23 de la citada ley dispuso que tales actividades habrían de ser coordinadas entre la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Comunicaciones.

Así entonces, cierto es que el pliego de condiciones ni las cláusulas de los contratos de concesión fijaron expresamente la obligación contractual a cargo de la CNTV de realizar el mantenimiento de la red de televisión; sin embargo, estos deberes estaban previstos en el ordenamiento legal vigente en la época de los hechos, y su cumplimiento guardaba directa relación con el objeto de las mencionadas concesiones, pues la explotación de espacios de televisión y la prestación del servicio dependían del funcionamiento de la red a cargo de la CNTV.

Pues bien, la entidad estatal cumplió con el cometido de adelantar el mantenimiento de las redes y gestionar el Plan de Ajuste referido por la demandante, y aun cuando el diagnóstico inicial fue

desfavorable debido al deterioro de los equipos y estaciones, lo que obligó a hacer nuevas revisiones y reparaciones sobre la marcha de los contratos de concesión, lo cierto es que no concurren los elementos necesarios para concluir que esa circunstancia afectó el equilibrio económico de las concesiones, por las razones que la Sala pasa a exponer:

Tal como se señaló con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 28 de la Ley 182 de 1995, el Ministerio de Comunicaciones debía elaborar el inventario de todas las frecuencias del espectro electromagnético y proceder a su reordenamiento, para que, una vez cumplido lo anterior, la CNTV elaborara y coordinara con esa cartera los planes de utilización de las frecuencias de televisión, en el marco de lo cual debía adelantar, a su vez, el Plan de Ajuste de las redes del servicio.

Es decir: la puesta en marcha del Plan de Ajuste de la red de televisión estaba sujeta a que, previamente, el Ministerio de Comunicaciones procediera al reordenamiento del espectro, función que solo se cumplió el 9 de abril de 1997, cuando la indicada cartera expidió la Resolución N° 094, contentiva, justamente, del Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para Televisión. Era palmario entonces que el ajuste de las redes ameritaba revisiones y diagnósticos previos, así como el eventual mantenimiento de las estaciones y equipos, todo lo cual no era posible de ser ejecutado por la CNTV sin que el Ministerio de Comunicaciones efectuara con antelación el reordenamiento señalado.

En esa medida, solo era posible diagnosticar el estado de las redes al iniciarse el Plan de Ajuste, el cual, por su parte, dependía de que el Ministerio de Comunicaciones reorganizara las frecuencias para radio y televisión.

Con todo, la sociedad Producciones Punch S.A. participó en las licitaciones públicas y celebró los contratos 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, con el conocimiento de que el Plan de Ajuste de la red de televisión no había podido iniciarse en esas fechas, lo cual hacía previsible para la firma concesionaria –que se presume, por su especialidad, conocedora del medio y del régimen normativo que preveía la realización del plan de ajuste y la redistribución de las frecuencias del espectro destinadas al servicio de televisión- que el indicado plan comenzaría a operar sobre la marcha de las concesiones, y que esa actividad comprendería el reemplazo de equipos –lo que implicaba la instalación, montaje y operación de los implementos nuevo-, con todos los riesgos que entrañaban tales procedimientos.

Ahora bien, como se evidenció en la referencia de los hechos probados, la CNTV celebró con el consorcio Istronyc Ltda. y Daga S.A. el contrato N° 151 del 29 de abril de 1998, cuyo objeto era la “venta, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos y demás componentes, obras y servicios requeridos para la implementación completa del Plan de Ajuste de la red de televisión” (fls. 229 al 247, c.6).

En ejecución de ese contrato, en junio de 1998 se presentaron dos informes correspondientes a la etapa de diagnóstico o “survey”, que revelaron fallas y deterioros en las estaciones de televisión evaluadas, ubicadas en varias partes del territorio nacional.

El mencionado contrato fue modificado y adicionado, ante la necesidad de incluir actividades de recuperación de la estación Galeras y de adquirir nuevos equipos para enmendar anomalías detectadas en el mantenimiento de la red.

Ante las quejas presentadas en febrero de 1999 sobre las interferencias en la señal de los canales públicos, la CNTV dio respuesta señalando que los problemas técnicos presentados obedecían al

proceso de reparación realizado en el marco del Plan de Ajuste. Asimismo, según lo consignado en el Informe de Gestión de la CNTV durante el primer semestre de 1999, dicho plan se adoptó como resultado del reordenamiento de las frecuencias, dispuesto en la Ley 182 de 1995. Fue en desarrollo de ese Plan de Ajuste que se detectaron los deterioros de la red, de suerte que la administración dispuso “responder a esa necesidad” contratando las obras civiles necesarias para el reemplazo de la mayoría de los equipos actuales y la instalación de los sistemas de transmisión.

Adicionalmente, el material probatorio analizado en este proceso también reveló que solo a partir del 19 de mayo de 1999 se adelantaron actividades de adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de sistemas de recepción satelital, transmisión y ampliación de cubrimiento de los Canales Uno, A y Señal Colombi. Estas gestiones, según la CNTV, hicieron parte de las políticas trazadas para el fortalecimiento técnico de la televisión pública.

Entre tanto, los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998 continuaron ejecutándose, a la par con las reparaciones de la red de televisión, especialmente las interferencias que fueron denunciadas por las autoridades y comunidades de las entidades territoriales, ante la Comisión Nacional de Televisión.

Es indudable que las actividades desplegadas por la entidad demandada en la red de televisión y en ejecución del Plan de Ajuste generaron fallas en la señal, especialmente a partir del último trimestre de 1998, lo que pudo ocasionar, durante los períodos subsiguientes, una merma en la pauta publicitaria como principal fuente de ingreso de los concesionarios de televisión pública. La compañía J. Walter Thompson Colombia Ltda. –que rindió concepto técnico en este proceso– puso de presente que los problemas de calidad de la señal y su consiguiente afectación e interferencia en las transmisiones sí influenciaban en la decisión de inversión de los anunciantes si ello se presentaba de manera repetitiva. Según ese mismo concepto, las empresas productoras de televisión, proveedoras de la pauta contratada por el anunciante, debían garantizar “el cumplimiento de parámetros de reposición y compromiso”, lo cual se tornaba imposible si las fallas de la señal eran repetitivas en un lapso de tiempo que, en el presente caso, superó los seis meses consecutivos.

Sin embargo, no existen elementos para concluir que las circunstancias anotadas fueran imprevisibles para Producciones Punch S.A. en el momento de contratar con el Estado la prestación del servicio, pues la normativa vigente desde 1995 contenía disposiciones sobre el reordenamiento del espectro, la reasignación del conjunto de frecuencias destinadas a las señales de televisión, el mantenimiento de la red y la obligación de realizar el reemplazo de equipos, todo lo cual, a la par con la también prevista y conocida entrada en operación de los canales privados de televisión. Este fue el panorama aceptado por la programadora, no solo al celebrar los contratos de concesión sino también al continuar con su ejecución a pesar de las conocidas fallas, pese a que le asistía la facultad de renunciar a los espacios concedidos, si evidenciaba que no tenía la capacidad –técnica, financiera, administrativa– de continuar con su explotación.

No desconoce la Sala que los elementos que el Estado le entrega a sus contratistas para la ejecución del objeto contractual deben estar en óptimas condiciones para la prestación del servicio, y que el particular que contrata con la administración no está obligado a asumir carga alguna por las fallas o deterioros que presenten tales instrumentos, pues ello corresponde al marco obligacional y de responsabilidad de la entidad pública. En el examen de los elementos que exige la figura del desequilibrio contractual no puede considerarse como previsible la entrega de elementos dañados. No obstante, en el caso particular de los contratos que son materia

de esta controversia, la ley establecía previamente la revisión y mantenimiento de la red y el reemplazo de equipos, de suerte que las programadoras de los canales públicos debían tener conocimiento de que esas actividades se desarrollarían a la par con la ejecución de las concesiones y entrañarían riesgos en la operación continua de la señal, circunstancia que debió entonces ser tenida en cuenta en las estimaciones y proyecciones de la oferta económica respectiva.

Por ello, al suscribir los contratos de concesión 140 de 1997 y 106 de 1998 sabiendo que con posterioridad debía darse inicio al Plan de Ajuste de la red de televisión y a las actividades de mantenimiento ya señaladas, se desvirtúa el requisito de la imprevisibilidad del hecho supuestamente causante del desequilibrio contractual, pues el margen de riesgo fue asumido palmariamente por la contratista.

A la par con lo anterior y, en todo caso, es pertinente reiterar que una medida adecuada para evitar la ruptura de la ecuación contractual en materia de concesión del servicio de televisión fue prevista por el legislador al disponer en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, el derecho de renuncia y “terminación anticipada” de los contratos, a favor de los concesionarios de los canales públicos.

Así, justamente en procura de las finalidades perseguidas por el legislador sobre la garantía del servicio público, la concesionaria Producciones Punch S.A. debió ejercer la mencionada facultad legal en el momento mismo en que razonablemente le era exigible advertir que no se encontraba en condiciones económicas para continuar explotando los espacios de televisión que se le habían dado en concesión. En efecto, existiendo una fórmula autorizada expresamente por la ley para evitar que el eventual detrimento económico de los concesionarios de la televisión pública afectara el normal funcionamiento de esa actividad a cargo del Estado, y asimismo, para prevenir graves afectaciones al patrimonio de dichos concesionarios, mal podían estos continuar ejecutando los respectivos contratos a pesar de encontrarse en situación de déficit o de registrar pérdidas sostenidas durante una vigencia completa, en lugar de devolver oportunamente los espacios de televisión para que se adoptaran las medidas previstas en el mismo artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

Así lo advirtió la Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad de la norma, al señala:

Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación

De igual manera, como de tiempo atrás fue establecido por la jurisprudencia, “las pretensiones fundamentadas sobre la teoría de la imprevisión resultan protegibles precisamente en cuanto sin ella la parte se vea obligada a cumplir un contrato que la arruina o lesiona por las graves alteraciones en los términos de la justicia económica contractual, pero nunca cuando dicha parte perjudicada puede ponerle término a tal contrato con su sola decisión—.

En ese sentido, si a lo largo de 1999 Producciones Punch S.A. evidenció las dificultades financieras que estaba acarreado la ejecución de las concesiones –por lo que junto con otras programadoras solicitó en varias oportunidades la revisión y congelamiento de las tarifas, a lo cual, dicho sea de paso, accedió la CNTV- y asimismo, en el balance general reportado a 31 de

diciembre de 1999, Producciones Punch S.A. evidenció la situación de pérdida de ejercicio y el monto de las pérdidas operacionales ocurridas en esa anualidad, además de tener un conocimiento claro sobre la situación presentada con las redes de televisión, no resultaba plausible desde el punto de vista del equilibrio mismo de los contratos de concesión y de la normativa jurídica que les era aplicable, que optara por continuar explotando el servicio hasta mayo del año 2000, cuando la ley le autorizaba la devolución oportuna de los espacios a la CNTV sin tener que pagar indemnización alguna por esa circunstancia. En este punto, no se desconoce que, en principio, el balance general de una vigencia se aprueba en el siguiente ejercicio, en asamblea de socios que por regla general se efectúa hacia los meses de marzo o abril; pero esta circunstancia, en el caso sub examine, no puede significar que Producciones Punch S.A. no conociera de la situación presentada con sus finanzas en 1999 y con la viabilidad de las concesiones, pues lo puso de presente ante la misma CNTV, como ya se anotó.

Por tanto, es palmario que no concurren los elementos para reconocer la ruptura del equilibrio financiero de los contratos con ocasión del diagnóstico y mantenimiento de la red de televisión y el Plan de Ajuste que la CNTV adelantó a partir de 1998.

iii) La adjudicación de los espacios de los canales públicos.

Por último, respecto de la distribución de los espacios de los canales públicos, efectuada por la Comisión Nacional de Televisión al licitar y adjudicar los espacios que le correspondieron a Punch S.A. en el Canal Uno y a las demás programadoras de esa misma cadena, tal acto no puede ser tenido como causal de ruptura de la ecuación contractual, puesto que fue previsto y aceptado por la sociedad demandante al participar en las licitaciones y celebrar los contratos de concesión, pese a conocer desde ese momento que entrarían en operación los canales privados, con sus propias franjas y espacios de programación. Adicionalmente, la parte demandante no cuestionó ni sometió a juicio la legalidad de esas asignaciones, previstas en los pliegos correspondientes a las Licitaciones Públicas 001 de 1997 y 003 de 1998.

iv) La recesión económica de 1999

Como es sabido, en 1999 la economía colombiana registró un crecimiento negativo, puesto que cayó al porcentaje de -4.2%, a pesar de que durante esa década había venido registrando balances positivo.

Paralelamente, entre 1997 y 1998 aumentó la oferta de los servicios de televisión, lo cual hacía previsible que, en principio, disminuyeran los precios de la pauta publicitaria y, por consiguiente, aumentara la demanda de ese servicio. Sin embargo, la crisis económica señalada obligó a las compañías anunciantes a desistir de contratar la publicidad en televisión, puesto que era preciso conjurar la crisis reduciendo los costos de inversión.

No obstante, esta circunstancia no tenía la virtud de obligar a la CNTV a reconocerle indemnización alguna a Producciones Punch S.A. –como se afirmó en la demanda-. Así, para la Sala, no resulta de recibo el planteamiento de la sociedad demandante, en cuanto a que la crisis económica de 1999 les resultaba imprevisible a las programadoras de televisión, pero que, por su parte, la CNTV debió anticiparse a los riesgos de ese fenómeno, procurando que la entrada en operación de los canales privados, coincidente con el período de recesión, no dispersara la audiencia que hasta entonces había sostenido a los operadores de los canales públicos.

Si bien, como anteriormente se anotó, la ley le había asignado a la Comisión Nacional de Televisión algunas funciones relativas a la protección de la libre competencia, no es cierto que la

entidad estatal se encontrara obligada a solventar, en el ámbito de la televisión, los efectos de la crisis económica que impactó de manera general en todos y cada uno de los sectores productivos del país. La Comisión Nacional de Televisión debía velar porque no se incurriera en prácticas monopolísticas en la operación del servicio, pero no estaba llamada por la ley a adoptar medidas para garantizar, indefectiblemente, los ingresos y balances positivos de las programadoras concesionarias de espacios en los canales públicos.

Asimismo, aunque fue palmaria la situación de pérdida que reportaron las compañías de televisión –incluyendo a Producciones Punch S.A.–, la propia Superintendencia de Industria y Comercio, en sus informes de seguimiento económico –solicitados por la CNTV– recalcó que la autoridad hoy demandada había adoptado medidas –especialmente en materia de tarifas y de reasignación de franjas y espacios– que, con todo, resultaron finalmente insuficientes para mejorar el balance de las programadoras. Asimismo, los mencionados informes de seguimiento pusieron de manifiesto que “no se apreciaban hechos internos o externos” que en el futuro inmediato pudieran revertir la tendencia negativa.

Tratándose de un fenómeno macroeconómico, no le era exigible a la CNTV que garantizara lo imposible y que reversara la entrada en operación de la televisión privada, cuando era una medida prevista de tiempo atrás por el legislador y que le correspondía implementar y llevar a cabo a la entidad estatal hoy demandada. Los riesgos derivados de esa ampliación de la oferta y de los subsiguientes cambios en materia de competencia económica, le correspondían primordialmente a Producciones Punch S.A., puesto que en cabeza de la CNTV solo quedaban las medidas de protección y evitar la incursión en prácticas monopolísticas, como anteriormente se indicó. Las medidas adoptadas por uno y otro estamento resultaron insuficientes, se reitera, pero ello no podía conllevar a que, agravado este panorama con la crisis económica de 1999, le correspondiera a la CNTV asumir ese riesgo adicional e indemnizar a Producciones Punch S.A. por los impactos de la recesión.

A lo anterior debe agregarse la no menos relevante circunstancia de que la caída de los índices macroeconómicos en Colombia se registró solo al finalizar 1999, vigencia durante la cual se adoptaron fórmulas que permitieron, en alguna medida, el desarrollo de las concesiones a lo largo de ese año, de manera que al iniciar el 2000, vistos el panorama nacional y el balance financiero de la sociedad Producciones Punch S.A., era procedente y oportuno ejercer la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, de renunciar a los contratos y devolver los espacios de televisión.

En este punto, la Sala reitera que ante la existencia de una salvaguarda legal orientada a evitar afectaciones graves en la prestación del servicio público materia de concesión y menoscabos patrimoniales para el concesionario, mal puede este continuar ejecutando el contrato pese a la evidencia de que las proyecciones macroeconómicas, microeconómicas y empresariales se muestran definitivamente negativas, para luego señalar que los indicados fenómenos provocaron el desequilibrio contractual.

Bajo esa óptica, reitera la Sala que de acuerdo con la jurisprudenci–, “[l]as pretensiones fundamentales sobre la teoría de la imprevisión, resultan protegibles precisamente en cuanto sin ellas, la parte se vea obligada a cumplir un contrato que la arruina o lesiona por las graves alteraciones en los términos de la justicia económica contractual, pero nunca, cuando dicha parte perjudicada, puede ponerle término a tal contrato, con su sola decisión”.

Por tanto, se concluye que en el sub judice no es posible establecer que el equilibrio económico

de los contratos de concesión materia del presente juicio hubiera sufrido fractura alguna a causa de la recesión económica registrada en 1999, menos aun que la CNTV hubiera estado obligada a prever dicha circunstancia, o a evitar que en ese contexto –ni en ningún otro-, Producciones Punch S.A. se viera afectada por la competencia de las otras compañías de televisión o de las empresas que operarían los canales privados.

5. Conclusiones

De conformidad con todo lo anterior, la Sala concluye que no fue desvirtuada la presunción de legalidad de las Resoluciones 0617 y 0993 de 2000, en las que se declaró la caducidad de los contratos de concesión 140 de 1997 y 106 de 1998, puesto que se cumplieron las causales previstas en la ley y en el contrato para el ejercicio de esa potestad excepcional por parte de la CNTV y se probó la vigencia de las obligaciones pendientes a cargo de Producciones Punch S.A., y que impedían el reconocimiento de efectos inmediatos a la renuncia presentada con fundamento en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

De igual manera se debe señalar que se mantiene incólume la legalidad de las Resoluciones 515 y 516 del 23 de julio de 2001, al igual que las Resoluciones 781 y 782 del 22 de octubre de 2001, en las cuales se adoptó y confirmó la liquidación unilateral de los contratos de concesión 104 de 1997 y 160 de 1998, por cuanto se fundaron todos esos actos en la declaratoria de caducidad de las mencionadas concesiones -decisiones que se ajustaron a derecho- se profirieron con competencia de la entidad y no fueron desvirtuadas las cifras allí establecidas por la CNTV.

Por otro lado, concluye la Sala que no se cumplieron los presupuestos para reconocer la ruptura del equilibrio económico de los contratos de concesión 104 del 13 de noviembre de 1997 y 160 del 15 de mayo de 1998, puesto que si bien se demostraron los hechos que la parte actora alegó como causas de su ocurrencia, no se acreditaron los elementos restantes del desequilibrio, especialmente, la imprevisibilidad de los eventos aducidos en el recurso de apelación ni su incidencia real en la ecuación financiera de cada uno de los contratos.

6. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el sub lite-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMANSE las sentencias apeladas, esto es, las proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 y el 26 de noviembre de 2009, en el procesos 2001-00310 (acumulado con en No. 2001-01523) y 2003-01771, respectivamente, acumulados en el curso de esta actuación.

SEGUNDO: TÉNGASE como sucesora procesal de la Autoridad Nacional de Televisión a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de conformidad

con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

QUINTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Aclara el voto

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

 logo