

Tribunal de Arbitramento

Caracol Televisión S.A.

v.

Comisión Nacional de Televisión

Noviembre 10 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

Cumplido el trámite procede el tribunal, mediante el presente laudo, a resolver en derecho las controversias surgidas entre Caracol Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión con ocasión de la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) que suscribieron el 22 de diciembre de 1997.

#### **A. Antecedentes**

##### **1. La constitución y la instalación del tribunal de arbitramento.**

Las controversias que se deciden en el presente laudo, surgieron con ocasión de la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) que suscribieron las partes el 22 de diciembre de 1997, en el cual se pactó una cláusula compromisoria en los siguientes términos:

##### **“Cláusula 40. Compromisoria**

Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un tribunal de arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C. lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el tribunal de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes.
- b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C.
- c) El tribunal fallará en derecho. En ningún caso se someterán al tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

El 20 de diciembre de 2002 el apoderado de Caracol Televisión S.A. formuló demanda arbitral para buscar una solución de las diferencias relacionadas en el escrito correspondiente (fls. 3 a 58 del cdno. 1 ppal.).

El 15 de julio de 2003, los apoderados de las partes concurrieron al Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y, de común acuerdo, designaron como árbitros a los doctores José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre y Antonio José de Irisarri Restrepo (fl. 121, cdno. 1 ppal.).

En la audiencia de instalación, que se surtió el 13 de agosto de 2003, el tribunal procedió a designar como su presidente al doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, y como secretario al doctor Felipe Piquero Villegas. Adicionalmente, admitió la demanda formulada y, teniendo en cuenta que se hallaba presente el apoderado judicial de la parte convocada, procedió a notificarle personalmente dicha decisión y darle el correspondiente traslado (fls. 154 y 155 del cdno. 1 ppal.).

La parte convocada dio respuesta oportuna a la demanda formulada, sin formular excepciones (fls. 161 a 163 del cdno. 1 ppal.).

En audiencia del 8 de septiembre de 2003, el tribunal fijó los valores correspondientes a honorarios y gastos (fls.

164 a 165 del cdno. 1 ppal.), los cuales fueron pagados en forma completa y oportuna por las partes (fl. 292 del cdno. 1 ppal.).

El 30 de septiembre de 2003, el apoderado de Caracol Televisión S.A. corrigió y modificó la demanda arbitral, integrándola en un solo texto (fls. 169 a 240, cdno. 1 ppal.).

El tribunal admitió la reforma de la demanda y, teniendo en cuenta que se hallaba presente el apoderado judicial de la parte convocada, procedió a notificarle personalmente dicha decisión y darle el correspondiente traslado (fls. 283 y 284 del cdno. 1 ppal.).

La parte convocada dio respuesta oportuna a la reforma de la demanda, sin formular excepciones (fl. 285 a 288, cdno. 1 ppal.).

## **2. Las pretensiones formuladas.**

En audiencia del 24 de octubre de 2003 el tribunal se declaró competente para conocer de las controversias sometidas por las partes a su consideración (fls. 291 a 294 del cdno. 1 ppal.).

Dichas controversias se expresaron, en forma concreta, en las pretensiones formuladas por la parte demandante, como quiera que la parte demandada, si bien planteó varios argumentos de defensa, no formuló excepciones.

Las pretensiones formuladas son del siguiente tenor:

“Primera (1<sup>a</sup>). Declarar que durante los años dos mil uno (2001) y dos mil dos (2002), ambos inclusive, se ha presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato, dentro de la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) suscrito entre Caracol Televisión S.A. y Comisión Nacional de Televisión, por haberse presentado hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles para Caracol Televisión S.A., y ajenos a ella, que han determinado que el citado contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, desequilibrio este que debe ser restablecido.

Segunda (2<sup>a</sup>). Como consecuencia de la declaración anterior o de una semejante, a términos de los artículos 4º y 27 de la Ley 80 de 1993, artículo 2º parágrafo tercero de la Ley 680 de 2001 y artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y para restablecer el equilibrio económico del contrato, se disponga el pago a favor de la demandante y a cargo de la demandada, de las cantidades de dinero que por dicho concepto se hayan acreditado en el proceso; o en subsidio, se ordene el reajuste en la forma en que determine el tribunal en el laudo.

Tercera (3<sup>a</sup>). Que, como consecuencia del desequilibrio o ruptura de la ecuación financiera del contrato, dentro de la ejecución del contrato de concesión número ciento cuarenta (140) de veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) suscrito entre RCN Televisión S.A. (sic) y Comisión Nacional de Televisión, según lo declarado en el laudo proferido el veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2001) aclarado el veintiuno (21) de enero de dos mil dos (2002), se condene a la Comisión Nacional de Televisión a restituir y pagar a RCN Televisión S.A. (sic) parte de los intereses que esta le pagó, en cumplimiento de los términos de la cláusula octava (8<sup>a</sup>) de dicho contrato, y cuyo monto se establecerá en el proceso.

Esta suma está determinada por la diferencia entre el valor pagado por la concesión y el determinado en el laudo referido, junto con su actualización, intereses y demás accesorios.

Cuarta (4<sup>a</sup>). Se condene a la demandada al pago de las costas”.

## **3. Los hechos en que se fundamenta la demanda.**

El tribunal resume a continuación los hechos básicos en que se apoya la demanda:

a) Para efectos de determinar el valor de la concesión, la comisión tuvo en cuenta los estudios elaborados por varias entidades, así: los de la firma Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF); el del instituto SER; el del Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico —CEDE— de la Universidad de los Andes y el del Centro de

Investigaciones —CID— de la Universidad Nacional.

- b) El estudio de IIF fue fruto de un contrato celebrado por el Ministerio de Comunicaciones a mediados de 1995 con el objeto de calcular el valor del servicio de televisión así como el valor de la utilización del espectro electromagnético. IFF optó por una metodología consistente en la elaboración de un “modelo financiero y operativo del negocio” para determinar lo que se debería pagar para tener el derecho de construir y operar un canal de televisión, modelo que tiene dos componentes: (i) una proyección de los ingresos estimados de operador y (ii) una proyección de sus egresos que incluyen el costo de infraestructura de la red de transmisión, sus costos operacionales y el valor de la programación. Una vez definidos los distintos parámetros de proyección de ingresos y de egresos, se calcula el “flujo de caja libre” del proyecto durante los 10 años de operación. El “valor presente” de tales flujos sería el valor que el inversionista debería cancelar.
- c) El cálculo del valor de la concesión se realizó, pero el proceso de apertura de la televisión en Colombia tardó más de lo esperado, y solo hasta 1997 se formalizó el proceso de licitación de los canales privados. Ello determinó que el valor de la concesión tuviese que ser actualizado, lo cual hizo también la firma IIF descontando los “flujos” a septiembre de 1997.
- d) Según los estudios de IIF, la proyección de los ingresos estimados del operador privado era uno de los componentes del “modelo financiero y operativo del negocio”. Los ingresos de un canal provienen de la “pauta publicitaria” que reciben de las diversas empresas públicas y privadas. En otros términos, los ingresos de los canales de televisión corresponden a la “inversión en publicidad” que ellas realizan y su comportamiento está estrechamente ligado con el nivel de crecimiento económico del país. La relación entre esas dos variables ya había sido objeto de estudio en Colombia por Asomedios, mediante trabajos realizados en 1995 y 1996 por el instituto SER.
- e) Los estudios de SER habían determinado que la “inversión neta de publicidad en televisión” (INPT) se comportaba en el país de conformidad con el crecimiento del producto interno bruto (PIB), relación que fue calculada estadísticamente y se conoce como la “elasticidad de la inversión neta en publicidad respecto del producto interno bruto – elasticidad”. Tal relación fue del 0.86, lo que significa que por cada 1% de crecimiento del PIB, la INPT crecería 0.86%.
- f) IIF opinó que no obstante lo anterior, la metodología y conclusiones del estudio SER no tenían claro sustento y no eran convincentes, y consideró que la elasticidad de la INPT con relación al PIB debería ser de 1.043. El efecto del valor propuesto por IIF sería un mayor crecimiento anual de las proyecciones de inversión en publicidad que las planteadas por SER.
- g) Según el modelo elaborado por IIF los ingresos de un canal dependerían de la participación o penetración en la INPT en Colombia. A su turno, la INPT se calcula con base en la estimada para 1996, aumentándola cada año con el crecimiento real proyectado del PIB multiplicado por la elasticidad e indexado con la inflación proyectada. Así, los ingresos de un canal dependerían de los siguientes factores: (i) la participación o penetración en la INPT que se le asignara; (ii) el crecimiento del PIB y (iii) la elasticidad. Adicionalmente, una variación de la INPT de un determinado año determinaría el cambio de la base de proyección de esta cifra, reduciéndose o aumentándose —según el caso— la INPT de los años siguientes. El total de la INPT se reparte entre los diferentes competidores (canales públicos, canales privados, canales regionales y locales).
- h) En cuanto a los egresos de un canal, según los estudios de IIF, ellos se descomponen en dos grandes rubros: (i) los costos de programación y gastos operacionales, y (ii) la inversión requerida para montar y operar la red de transmisión. Para proyectar los costos de programación se utilizaron datos provenientes de la experiencia nacional en términos de producción, que representaban en forma adecuada lo que acontecía en la televisión colombiana antes de la presencia de nuevos competidores y con un tiempo limitado de programación, costos que hoy en día son mayores por el ambiente de competitividad por el “rating” de televidentes. En cuanto a la inversión requerida para montar y poner en operación la red de transmisión, ella dependía de dos factores: de una parte, la cobertura poblacional deseada y, de otra, la base tecnológica que habría de utilizarse. Los estudios de IIF plantearon la posibilidad de que la infraestructura de red fuese compartida por uno o más operadores, lo que tenía una incidencia apenas marginal en la inversión requerida. Así se obtuvo, según los estudios de IIF, el “valor de la licencia”, con

distintos escenarios de elasticidad, penetración o participación en el mercado, cobertura y construcción de la red. No se analizó el impacto de la variación del PIB.

- i) Una vez presentado a la comisión el estudio de IIF, aquella decidió solicitar al CEDE de la Universidad de los Andes y al CID de la Universidad Nacional una evaluación del estudio elaborado por IIF, particularmente en lo concerniente al valor de la elasticidad de la “inversión en publicidad”, único aspecto que generaba controversia frente a los estudios del instituto SER. Tanto el CEDE como el CID apoyaron el concepto de IIF respecto de que la elasticidad de la inversión estaría más cerca de un valor de 1.5 que del 0.86 propuesto por el instituto SER. No obstante, ambas universidades plantearon los riesgos que conllevaba la utilización de tal modelo de proyección de ingresos, tanto por la variabilidad de las proyecciones del PIB como por un conjunto de limitaciones estadísticas de la muestra utilizada por SER.
- j) Con base en los estudios de las universidades, la comisión decidió apoyar los valores de la concesión propuestos en los estudios de IIF. Sin embargo, de las actas de la comisión no aparecen claras cuáles de las posibles alternativas fueron seleccionadas por ella. En todo caso, el valor de la licencia de concesión definido por la comisión, fue de 94,75 millones de dólares. Esa decisión se adoptó por la comisión en reunión de su junta directiva celebrada el 16 de junio de 1997, fecha en la cual la tasa representativa del mercado (TRM) era de \$1.080,59 por dólar. Por lo tanto, el valor de la licencia de concesión equivalía, en esa fecha, a 102,656 millones de pesos.
- k) La Resolución 424 mediante la cual la comisión dispuso la apertura de la licitación 003, fue expedida el 18 de septiembre de 1997, fecha en la que la TRM era de 1.241,83 y por ello, el valor de la licencia de concesión pasó a ser de 117,973 millones de pesos. Es aquí donde se presenta un valor adicional de 15.137 millones de pesos, que se cobró en exceso de lo definido. Anota que el “modelo de valoración” utilizado para determinar el valor de la concesión se hizo en pesos colombianos; que dicho modelo calculó el valor presente de los flujos y por tanto en valor de la licencia, a septiembre de 1997; que los ingresos por pauta publicitaria fueron calculados por IIF en pesos colombianos y que los criterios definidos por la ley para determinar el valor de la concesión, no consideran el cálculo de dicho valor en dólares.
- l) Los operadores de los canales privados de televisión iniciaron sus actividades así: etapa de pruebas, del 10 de junio al 10 de julio de 1998; etapa de reajuste de señal e interferencias, del 10 de julio de 1998 al 10 de enero de 1999; iniciación oficial de operaciones y explotación de la licencia de concesión, el 11 de enero de 1999.
- m) El primer año de operación de los canales privados (1999) fue uno de los peores, en términos económicos, para el país. El comportamiento de la economía colombiana para esa época no estaba en los pronósticos ni de los más pesimistas. En el caso de las proyecciones macroeconómicas planteadas por IIF, hay una gran diferencia entre los que se pensaba iba a ocurrir y la realidad. Así, las proyecciones de IIF preveían que para 1998 el PIB tendría un crecimiento del 5%. El real, según el DANE, fue de 0.57%. Para el año de 1999, la situación fue aún peor y los años 2000, 2001 y 2002 no fueron muy diferentes. Sin embargo —recuerda— fue con base en las proyecciones del estudio de IIF como se determinó el valor de la licencia.
- n) La cifra de crecimiento del PIB de 4.7% escogida por IIF para realizar las proyecciones del año 2000 en adelante, es demasiado optimista si se tiene en cuenta que en el período 1980-2002 el promedio de crecimiento del PIB fue inferior a dicha cifra, con el agravante de lo acontecido en el año de 1999, cuando se presentó un decrecimiento del PIB del 4.20%. De la misma manera, la elasticidad de la inversión neta en publicidad frente al PIB durante el período 1998-2002 tuvo un comportamiento diferente al previsto en el “modelo de valoración de la licencia”. Este riesgo, sobre cuya ocurrencia advirtieron los estudios de las universidades Nacional y de los Andes, no fue tenido en cuenta.
- o) Como consecuencia del desatino en las proyecciones de crecimiento del PIB y de la elasticidad, se presentó una divergencia muy considerable entre la inversión neta de publicidad en televisión (INPT) proyectada y la real, en forma tal que ninguna de las proyecciones realizadas en los estudios de valoración de la licencia, ni aún las más pesimistas, se acercan al comportamiento real presentado durante los años 1998 a 2002.
- p) El modelo de valoración de la licencia elaborado por IIF proyectó un conjunto de posibles escenarios del valor de la concesión. De ellos, la comisión escogió uno, conforme al cual se tendría una penetración del 30% con una

cobertura de poblaciones con más de 30.000 habitantes. En ese escenario, el valor de la concesión, según IFF, sería de 103,306 millones de pesos, frente a un valor de la licencia, determinado por la comisión, de 102,656 millones de pesos.

- q) Comparando las proyecciones y en particular los ingresos por pauta publicitaria proyectados por IIF para ese escenario con los ingresos reales de los concesionarios en los años 1999 a 2002, existe una diferencia cuyo valor acumulado es cercano a 121.607 millones de pesos.
- r) El comportamiento adverso que presentó la INPT frente al proyectado por IIF determinó que los concesionarios de los canales privados a esforzarse aún más por obtener una mayor participación de mercado (“share”), denominado “participación” en el estudio de IIF, para tratar de acercar sus ingresos a los que tenían presupuestados.
- s) Como se describe en los documentos de la comisión y de IIF, el “valor de la licencia” se obtuvo a través de un “modelo de valoración” alimentado por un conjunto de supuestos, macroeconómicos (PIB), del mercado (elasticidad e INPT) y del proceso licitatorio (cobertura geográfica). Estos “supuestos” no eran simplemente meras “variables de un modelo financiero”, sino que se constituyeron en **las condiciones previstas bajo las cuales entrarían a operar los concesionarios** (las sublíneas no son de la convocante).
- t) Así las cosas, la comisión, según consta en el acta 259 del 16 de junio de 1997, decidió fijar el valor de la licencia de concesión en la cantidad de 95 millones de dólares. En esa fecha, la tasa representativa del mercado de la divisa estadounidense era de \$ 1.080,59, por lo cual el valor en pesos de la licencia era de 102,656 millones de pesos, cifra cercana al escenario previsto de una penetración del 30%, una cobertura de 30.000 habitantes con el valor de elasticidad de la INPT calculado por IIF.
- u) En el lustro transcurrido desde cuando IIF entregó su informe final de valoración de la licencia —marzo de 1997— las principales variables utilizadas para determinar el valor de la licencia han tenido un comportamiento radicalmente diferente a lo proyectado por IIF, variaciones que tienen un efecto directo sobre el valor de la licencia, ya que el “modelo de valoración de la licencia de concesión” y, por ende, el valor de la licencia se proyectó sobre unos supuestos ingresos de cada canal privado que dependen del crecimiento de la INPT, a su vez ligada al crecimiento del PIB y a la penetración de cada canal en el mercado.
- v) En efecto: si se tomara el modelo original de valoración y se actualizaran los valores proyectados de la INPT con el valor real, certificado por Asomedios, de dicha inversión durante los años 1998 a 2002, el valor de la licencia descendería a 39.352 millones de pesos (pesos de 1997), lo que implica una reducción del 61.9% respecto del obtenido con las condiciones originales de inversión publicitaria estimadas cuando se determinó el valor de la licencia. Ello significa que la realidad del mercado de la publicidad de los años 1998 a 2002 ha determinado una pérdida del valor de la licencia de concesión a causa de la disminución de los ingresos reales y potenciales de los canales privados.
- w) Y si se actualizara el modelo con los valores reales de la INPT hasta el año 2002 y permitiendo que el modelo recalcule la INPT para los años siguientes, utilizando los mismos supuestos que se tuvieron en cuenta originalmente de (i) crecimiento del PIB; (ii) elasticidad y (iii) factor deflactor, pero partiendo de un base menor, la actualización del modelo daría, como valor de la licencia, a precios de 1997, un valor negativo de menos 26.228 millones de pesos.
- x) El impacto negativo del comportamiento de la INPT ha sido reconocido por el legislador y por la propia Comisión Nacional de Televisión. En efecto, por solicitud de esta última, IIF elaboró un informe de “revisión del valor de la concesión de espacios en los canales públicos de televisión y del valor de las licencias para los canales privados”, que presentó en agosto de 1999. Allí se habla del equilibrio económico como condición de viabilidad de un contrato, se sostiene que en el momento de la decisión sobre las licencias y concesiones se favoreció a los canales públicos (Uno y A) a pesar de que sus negocios tienen menor riesgo y se expresa que la situación económica cambió y todos los negocios perdieron valor.
- y) La comisión, por su parte, ha sido consciente de la crisis económica que ha experimentado el país y que ha

afectado el equilibrio económico de los contratos y el acaecimiento de circunstancias imprevistas que han modificado la economía de los contratos celebrados con los concesionarios de espacios, lo que la ha llevado a expedir diversos actos administrativos a lo largo de los años 1999 a 2002, otorgando alivios económicos. Es así como, por ejemplo, mediante la Resolución 640 de 1999, la comisión unificó las tarifas de concesión de espacios y mediante la Resolución 1013 del mismo año se reclasificaron los espacios para aplicar a los horarios de emisión tarifas de menor valor. Esas “medidas de choque” se han prorrogado ininterrumpidamente desde comienzos de 1999 hasta hoy.

z) Esa situación fue reconocida por el legislador, que expidió la Ley 680 de 2001, conocida como “ley de alivios” cuyas disposiciones facultan a la comisión para ayudar tanto a los canales públicos como a los canales privados. De conformidad con dicha ley, tanto la convocante como RCN Televisión, presentaron en noviembre y diciembre de 1991 solicitudes ante la comisión, tendientes a obtener alivios, solicitudes que les fueron negadas por dicha entidad en el mes de diciembre del mismo año.

aa) Hace referencia al laudo de fecha 19 de agosto de 2003 mediante el cual se dirimieron las diferencias existentes entre Casa Editorial El Tiempo y la comisión a propósito de un contrato de concesión para la operación y explotación de un canal local privado de televisión, donde se dijo que la comisión cobró a la concesionaria una remuneración excesiva por el uso de su activo intangible, dadas las circunstancias del mercado durante el período de ejecución que llevaba el contrato, por lo cual la equivalencia prestacional o ecuación financiera que se estructuró a la celebración del mismo, basada sobre unas proyecciones del comportamiento de la INPT, que en su momento pudieron ser correctas, vinieron a desquiciarse posteriormente como consecuencia de una crisis económica sin precedentes en la historia reciente del país, y manifestó que “[...]la caída del INPT tiene las características para ser considerada como causa eficiente del demérito patrimonial cuyo resarcimiento busca la convocante...”.

bb) Se refiere, igualmente, al proceso arbitral tramitado con anterioridad entre las mismas partes que comparecen al presente, con motivo de diferencias surgidas en relación con el mismo contrato, y limitadas temporalmente a los años de 1999 y 2000 ambos inclusive, que concluyó con el laudo arbitral del 26 de noviembre de 2001, donde también se reconoció que el deterioro de la situación económica del país de los años 1998 a 2000 afectó particular y severamente la economía del contrato, pues los concesionarios se vieron afectados en la medida en que los valores reales de la INPT para el período 1998-2000 fueron inferiores a los proyectados por IIF y describe cómo se valoró, en aquella ocasión, el desequilibrio contractual durante los años 1999 y 2000 y expresa que para los años 2001 y 2002 el desequilibrio se mantiene, toda vez que el decrecimiento de la INPT para el año 2001 fue del orden de un 35% y para el año 2002 fue del 42%. En dicho laudo se valoró el desequilibrio económico del contrato 136, para el lapso de dos años (1999-2000), en la suma de 6.572,21 millones de pesos colombianos, correspondiente a la suma de 3.286,11 millones por año, suma que fue actualizada a la fecha del laudo con utilización de las tasas de inflación publicadas por el DANE más un interés del 6% anual, con lo cual se obtuvo la suma de 12.174,420 millones de pesos como valor comprobado del desequilibrio para los dos años en cuestión.

cc) Concluye valorando el desequilibrio económico del contrato correspondiente a los años 2001 y 2002, a cuyo efecto presenta varias alternativas que plantea y desarrolla, así: (i) según una primera alternativa, el valor que se debe reconocer por el desequilibrio del contrato ascendería a 39.773,40 millones de pesos de diciembre de 2002; (ii) de conformidad con la segunda alternativa, dicho valor montaría a la suma de 52.770,95 millones de pesos de diciembre de 2002; y (iii) conforme a la tercera alternativa, el valor depreciado ascendería a la cantidad de 138.303,50 millones de pesos de diciembre de 2002.

dd) Por último, y en lo que concierne a la petición enderezada a obtener la restitución de intereses pagados, sostiene que la convocante, por razón de lo previsto en la cláusula 8<sup>a</sup> del contrato, efectuó pagos de intereses por un valor total de \$ 57.940'196.996,50; rememora que en el laudo de 26 de noviembre de 2001 se determinó que el valor de la concesión era de \$ 69.795'000.000, por lo cual los intereses previstos en el contrato deben reliquidarse a partir de este valor y restituir a la convocante las sumas pagadas en exceso, junto con su actualización e intereses.

#### **4. Las pruebas decretadas y practicadas.**

En audiencia del 12 de noviembre de 2003 el tribunal decretó las pruebas solicitadas por la parte convocante y por

la Procuradora Quinta Judicial Administrativa (fls. 296 a 299 del cuaderno 1 ppal.).

Aplazó la decisión sobre la inspección judicial con exhibición parcial de documentos e intervención de perito en las oficinas de RCN Televisión, y señaló que la solicitud de oficiar al tribunal de arbitramento convocado por RCN Televisión S.A. contra la Comisión Nacional de Televisión habría de resolverse en función de la decisión que se adoptara con respecto de lo que se decidiera en ese proceso respecto de la referida inspección judicial (ibídem).

Finalmente, decidió no decretar como pruebas las solicitadas en los numerales 2.3 y 4.11 del apartado de pruebas de la demanda reformada, porque la exhibición solo procede sobre documentos que estén en poder de la otra parte o de un tercero, según los términos del artículo 283 del Código de Procedimiento Civil (ibídem).

Todas las pruebas decretadas fueron practicadas, con excepción de la inspección judicial cuyo decreto había quedado aplazado, la cual fue desistida por la parte demandante, sin oposición de la parte demandada y con la aceptación del tribunal, al haber sido incorporados al expediente, por otros medios, los documentos a que ella se refería (fls. 410 y 411 del cdno. 1 ppal.).

## **5. Oportunidad de conciliación**

En audiencia del 24 de octubre de 2003, el tribunal citó a las partes a una audiencia de conciliación (fls. 293 a 294 del cdno. 1 ppal.).

Fracasada la etapa conciliatoria, en razón de la falta de ánimo de las partes de buscar una solución directa de la controversia, el tribunal inició el recaudo probatorio.

## **6. Las alegaciones de las partes y el concepto del Ministerio Público.**

En audiencia del 29 de septiembre de 2004, los apoderados de las partes formularon sus alegaciones, y presentaron los correspondientes resúmenes escritos. En esa misma oportunidad la señora procuradora quinta judicial administrativa rindió su concepto en relación con los principales puntos materia de debate, y presentó igualmente el correspondiente resumen escrito (fls. 53 y ss. del cdno. 2 ppal.).

## **B. Presupuestos procesales y materiales**

El tribunal encuentra que se hallan reunidos los presupuestos procesales y materiales, y que no se configura causal de nulidad procesal alguna. En consecuencia, procede a dictar laudo de mérito, en derecho, en los términos que se consignan a continuación.

## **C. Consideraciones generales del tribunal**

### **1. Perspectivas del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales.**

Se ha reconocido, como principio imperativo, la preservación del equilibrio económico en los contratos estatales; en un primer momento mediante la estipulación de fórmulas de ajustes por la variación de los factores de los costos prevista en la Ley 4<sup>a</sup> de 1964 y luego a través de la adición de los contratos en aquellos eventos que se presentaban circunstancias imprevistas, suficientes para modificar el valor de los mismos como dispuso la Ley 36 de 1966. Mas fue el primer estatuto integral de la contratación administrativa, contenido en el Decreto 150 de 1976, el que permitió, para los contratos a precio alzado o precios unitarios que, por pacto, se revisaran periódicamente en consideración a las alteraciones o cambios que se presentaran en los elementos de costos. Posteriormente, el Decreto 222 de 1983 hizo una especial consagración de esa figura en aquellos casos en que la administración modificaba el contrato o lo daba por terminado unilateralmente y dejaba abierta la posibilidad de la revisión de los precios si llegaren a ocurrir cambios en los costos.

El vigente estatuto general de contratación de la administración pública —L. 80/93—, sin lugar a dudas, con apoyo en los antecedentes legislativos nacionales y foráneos y la jurisprudencia del Consejo de Estado, suministra un conjunto de preceptos que regulan el principio del equilibrio económico que debe imperar en los contratos estatales: artículos 4<sup>o</sup>, numerales 3<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup> y 9<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, numeral 1<sup>o</sup>, 14, numeral 1<sup>o</sup> y 27.

Entre los derechos y deberes de las entidades estatales, en el artículo 4º, se señalan (i) Solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato (num. 3º); (ii) Adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer cuando estuviere precedida de licitación o concurso o de contratar en los casos de contratación directa, para lo cual podrán utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios y acudir a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos (num. 8º); (iii) Actuar de manera que por causas de las entidades estatales, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargos del contratista (9º).

ero al mismo tiempo la Ley 80, entre los derechos y deberes de los contratistas, acoge el principio del equilibrio contractual cuando en el numeral 1º del artículo 5º preceptúa: “Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

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

Como se consignara en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993:

“El precitado artículo 5º, en su numeral 1º, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación económica alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras.

La responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal; el ejercicio de cualquiera de las potestades o derechos que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera ‘alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante’ (Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A. Contratos Administrativos, Teoría General. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983, pág. 482), se originen en los móviles que pueden agruparse dentro de las primeras de las causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto, conviene precisar que la última de las circunstancias delineadas corresponde a lo que la doctrina y jurisprudencia ha dado en llamar ‘el hecho del principio’.

Los motivos propiciadores de la restauración del equilibrio financiero que ampara la segunda hipótesis, es decir, la ‘ocurrencia de situaciones imprevistas’ que no sean imputables al contratista se enmarcan dentro de la ‘teoría de la imprevisión’. Se trata, pues, de situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación contractual en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución. De modo que también tendría que de ellas predicarse su temporalidad o transitoriedad.

Así pues, el acaecimiento de cualquiera de las circunstancias descritas confieren al contratista el derecho a recibir la remuneración pactada y a que esta permanezca intangible durante la vida contractual. La intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios. Todos ellos de aplicación directa por parte de la propia administración pública.

El artículo 27 vuelve sobre el principio del restablecimiento del equilibrio económico al identificar la ecuación contractual: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de

pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pago y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia”.

Las previsiones de los numerales 8º y 9º del artículo 4º de la Ley 80 se encaminan a obligar a las entidades estatales a la adopción de las medidas necesarias para mantener las condiciones económicas del contrato y para que actúen evitando que sobrevengan factores de mayor onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones y en la ejecución del contrato.

Entonces, las reglas de los artículos 5º, 14 y 27 de la Ley 80 están instituidas para que se preserve el equilibrio económico en los contratos estatales por distintas causas. Además, el artículo 28 formula, como criterio de interpretación de las normas contractuales, que deben ser tenidas en cuenta “... los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos administrativos”.

Precisamente, con apoyo en el artículo 5º de la Ley 80, la doctrina de autores, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la arbitral se han encargado de precisar las circunstancias que constituyen factores o causas de alteración del equilibrio económico en los contratos estatales y que pueden dar motivo a su restablecimiento: (i) el comportamiento de la entidad estatal, como sería el empleo de las facultades excepcionales o el incumplimiento de sus obligaciones a su cargo; (ii) los actos de la administración en ejercicio del —“Hecho del Príncipe”—; y (iii) situaciones imprevistas no imputables a las partes o factores ajenos a estas.

Ha dicho el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de julio de 1999, de la Sección Tercera:

“... Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas:

1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante.
2. Por actos de la administración como Estado —Hecho del Príncipe—.
3. Por factores exógenos a las partes del negocio, teoría inicialmente llamada de la imprevisión.

La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento deriva la responsabilidad para la administración.

La segunda causa, conocida como hecho del principio, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general.

La tercera causa, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión, que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él”.

a ecuación económica, a que alude el artículo 5º de la Ley 80, se fundamenta en dos aspectos centrales: (i) en la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, apenas como una aproximación sustancial a la teoría de la imprevisión, desconocida por el Código Civil más aceptada por la doctrina de Corte Suprema desde 1936 e incorporada en el Código de Comercio en el artículo 868 con esta presentación normativa: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa...”; (ii) por el incumplimiento de la entidad estatal contratante.

Cuando el desequilibrio gira alrededor de la ocurrencia de situaciones imprevistas se parte del supuesto de que los hechos y circunstancias que las motivaron o las consecuencias producidas no se hubieran podido prever o considerar por la parte que sufre el menoscabo económico al momento de la celebración del contrato, extendidas a acontecimientos y consecuencias que debieron preverse, bajo el entendido que en la contratación estatal la

excesiva onerosidad se puede sustituir con el concepto de la alteración económica del contrato.

Por eso se ha sostenido que el contrato es un acto de previsión que implica, igualmente, una distribución de riesgos. El contratista desde el momento mismo que persigue su vinculación sustancial debe saber o entender que pueden presentarse riesgos dentro del alea normal del contrato que, por tanto, son previsibles. Esto es, en un contrato estatal los riesgos por alea normal los asume el contratista, bajo el principio de que los hechos y circunstancias, cualesquiera que sean, permitan el restablecimiento del desequilibrio económico que llegare a ocurrir.

El Consejo de Estado Sección Tercera, se ha ocupado de esta materia en sentencia de 25 de noviembre de 1999: “... La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgos el alea normal de toda negociación, no así el alea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales...”.

Anteriormente, en sentencia de 9 de mayo de 1996, la Sección Tercera del Consejo de Estado había dicho: “... La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podrá admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente es la comunidad, viene a serlo pero por la gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes”.

También la doctrina arbitral se ha ocupado del riesgo contractual: “... De acuerdo con las normas transcritas de la Ley 80 de 1993 —que regulan lo concerniente al principio del mantenimiento del equilibrio económico en los contratos celebrados por entidades estatales— así como a la luz de la jurisprudencia y doctrina reseñadas, bien puede afirmarse que el mencionado principio está consagrado para resarcir al contratista cuando quiera que circunstancias ajenas a él y por fuera de su control tales como el incumplimiento de la entidad contratante, o decisiones legítimas adoptadas por esta o por otros órganos de la administración, propias del ejercicio del ‘*jus variandi*’ o manifestaciones del ‘Hecho del Príncipe’, según el caso, o, en fin, por acaecimientos imprevistos e imprevisibles— le generan perjuicios que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y la equidad, no le corresponde asumir al contratista, toda vez que los deméritos económicos que se producen en tales circunstancias no le son imputables a este, en ninguna medida, pues su comportamiento acucioso y providente no da lugar a ningún reproche, ni permite una valoración negativa de su conducta...” (laudo de 29 de abril de 2002-Tribunal de arbitraje de ICA contra IDU).

En el laudo arbitral de ICA contra IDU, ya citado se afirma: “... Así las cosas, el principio de la preservación de la ecuación financiera del contrato, no es un mecanismo para corregir errores cometidos en la fase de negociación del negocio jurídico, ni durante su ejecución. Tampoco ofrece una oportunidad para consolidar el exceso de optimismo o de osadía del contratista al diseñar su oferta, con el propósito de lograr a toda costa la adjudicación del negocio; ni para remediar a posteriori su arrojo o temeridad al asumir riesgos y prestaciones sin exigir una contraprestación adecuada; ni se puede ser un instrumento para mejorar su rentabilidad, pues a lo máximo que podía aspirar sería a obtener las utilidades que normalmente se derivarían de los precios que cotizó, de las obligaciones que contrajo y de los riesgos que deliberadamente asumió.

“La jurisprudencia ha reiterado que, como en todo contrato, en los de las entidades públicas se presenta también una distribución de los riesgos, de manera que el contratista puede asumir las consecuencias de ciertas contingencias, siempre que se trate de los riesgos normales propios de su actividad y no de riesgos que vayan más allá, es decir, que puedan calificarse como anormales.

El carácter de normal o anormal de un riesgo depende de si se trata de una ocurrencia usual, común o frecuente o

sí, por el contrario, es extraña, o extraordinaria. Lo normal tiene así una estrecha relación con lo previsible, en tanto que lo anormal es difícil o imposible de predecir y, por tanto, de anticipar. Le corresponde al juez apreciar la frecuencia o la rareza, o repentinidad del acontecimiento de que se trate para deducir si el riesgo de su acaecimiento era normal o extraordinario.

Ahora bien, la previsibilidad no es una noción objetiva, sino subjetiva, en el sentido de que debe apreciarse teniendo en cuenta las condiciones particulares del contratista, vale decir, sus conocimientos y experiencia en una determinada profesión o negocio, toda vez que quien desarrolla habitualmente una actividad, está en una mejor posición que los profanos para prever los riesgos inherentes a dicha actividad. Por tanto, si un profesional —teniendo elementos de juicio y capacidad— para anticipar un riesgo, no lo prevé o lo acepta espontáneamente, habrá de entenderse que se trata de la asunción voluntaria o incluso temeraria del riesgo, de manera que quien así se obliga deberá afrontar las consecuencias jurídicas y económicas de su estipulación, más aún cuando los riesgos que llegue a aceptar el contratista pueden jugar un papel determinante en la escogencia de su oferta, frente a otras más conservadoras, para la adjudicación del contrato”.

Las situaciones imprevistas identificadas en la Ley 80, se insiste, para que puedan servir de fundamento a la preservación de la ecuación económica, deben girar en torno, por lo menos, a los siguientes supuestos: (i) No deben ser imputables al contratista o razonablemente previstas por este, es decir, no puede entrar en la composición la conducta del contratista en la ocurrencia de las situaciones imprevistas; (ii) deben provenir de hechos posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva —imprevistos, imprevisibles y excepcionales—; (iii) deben ser de tal naturaleza que la previsión humana no sea lo suficientemente apta o capaz para conjurar su ocurrencia.

Cuando el restablecimiento del equilibrio económico procede por situaciones imprevistas de que trata el artículo 5º, la parte afectada solo podrá aspirar a que se le reconozca el daño emergente o sea a un punto de no pérdida, pues lo que se pretende es mantener el equilibrio negocial sin conceder ventajas o prerrogativas económicas. Y si la aplicación del principio de la preservación de la ecuación financiera se logra por el incumplimiento de la entidad estatal de sus deberes contractuales causante, precisamente, del rompimiento de la equivalencia contractual, tendrá derecho el contratista tanto al daño emergente como a las utilidades dejadas de percibir, en cuanto la ocurrencia de la desatención de los deberes contractuales determina en buena parte el rompimiento simétrico del acto.

La ecuación contractual que reclama el artículo 27 tiene una connotación: mantener la igualdad y equivalencia en las relaciones obligatorias estatales, tenidas en cuenta al momento de proponer o de contratar. Vale decir, las partes miden los alcances de las prestaciones en un determinado momento bien de la propuesta ora de la celebración del contrato que se combina con la llegada de eventos extraordinarios e imprevisibles que alteran la equivalencia del contrato, para justificar la adopción de las medidas necesarias para restablecer el equilibrio perdido.

Y como quiera, por lo dicho, que la imprevisión se ha constituido en un instituto cercano e influyente para la aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos estatales y alcanzar la ecuación de los mismos, considera el tribunal oportuno, en este momento, hacer algunos comentarios sobre esa teoría en el ámbito del derecho privado.

Todo contrato, como dispone el artículo 1602 del Código Civil y aplicable a toda clase de relación obligatoria, es una ley para las partes. Lo acordado es lo que obliga, lo que compromete, a lo que sujetan los contratantes sus vinculaciones, o simplemente lo convenido compone o integra la esfera obligacional.

Sin embargo, de tiempo atrás se ha tratado de morigerar esa regla con la aceptación de la teoría que los doctrinantes han denominado de la imprevisión y que la Corte Suprema de Justicia, en materia civil, acogió en sentencia de 29 de mayo de 1938 cuando sostuvo: “Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan sido posibles ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de un grave crisis económica, de una guerra, etc.”

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que razonablemente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones espaciales de los jueces de instancia...”.

Mas el Código de Comercio de 1971, como se anotó precedentemente, incluyó en su normatividad la imprevisión en el artículo 868: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Sin lugar a dudas, la existencia en el ordenamiento jurídico privado de un texto expreso consagratorio de la imprevisión, como el pretranscrito, debe llevar a los juzgadores, si se plantea como factor para remediar o acoger eventuales desequilibrios que sobrevengan de la celebración de un negocio jurídico —no que existan al momento de la celebración— a que analice esta figura con todas sus perspectivas en derecho aun cuando en equidad se pueda encontrar la fórmula de ajuste por vía de la revisión.

El artículo 868 del Código de Comercio evidencia los requisitos que la parte que aduce la imprevisión en un contrato debe demostrar en aras de alcanzar un pronunciamiento judicial favorable:

- a) Que se trate de contrato comunitativo de ejecución sucesiva: La comunitatividad se convierte en una característica necesaria para que la imprevisión sea considerada alrededor de un contrato pues la equivalencia buscada por las partes debe, en principio, mantenerse. También la periodicidad o duración de las prestaciones, bajo el entendido que estas no se agoten inmediatamente sino que las obligaciones se mantengan en el tiempo, debe ser de la naturaleza del contrato a revisarse. Por eso, la parte final del artículo 868 excluye la aplicación de la imprevisión a los contratos aleatorios y de ejecución instantánea.
- b) Que se produzca una excesiva onerosidad en la prestación futura a cumplir: El contrato es oneroso, como reza el artículo 1497 del Código Civil, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. La utilidad y la afectación perseguidas por las partes, por la comunitatividad, deben mirarse o apreciarse como equivalentes; y en esa dirección expresan sus voluntades. Entonces, cuando se produce un rompimiento sobreviniente del equilibrio negocial, más sacrificios que ventajas, sin que se imposibilite cumplir la prestación, como sucedería con la fuerza mayor o el caso fortuito, la imprevisión entra a jugar un papel relevante en la ejecución futura del contrato.
- c) Que ocurran circunstancias extraordinarias e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato: Los acontecimientos ordinarios en el desarrollo de un contrato de ejecución sucesiva suponen que las prestaciones se atienden por el cauce normal, en cumplimiento de la función práctica de todo contrato. Pero cuando se presentan circunstancias extraordinarias que alteran o agravan la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes en grado que resulte excesivamente onerosa, el asunto cambia para abrir paso, si se llegare a demostrar el acaecer fuera del orden o regla natural o porque sucede rara vez o se sale de lo que es habitual (Diccionario de la Academia Española de Lengua), a que se revise el contrato, si fuere posible, o la terminación del contrato.

También las circunstancias deben ser imprevisibles, o sea que no se pueda conocer razonablemente, con algunas señales o indicios, lo que ha de suceder. O aquello que la actividad normal no tenía por qué apreciarlo o considerarlo al momento de celebrar el contrato. La parte que alega el hecho no debe haber incurrido en culpa o previsto aquello que por su experiencia o idoneidad estaba en capacidad de prever con mediana diligencia. Y debe ser ajeno al deudor.

La doctrina administrativa también reconoce la teoría de la imprevisión. Según Jean Riveró, para su aplicación se requiere que: "... Los cocontratantes no han podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave).

Estos hechos deben ser independientes de su voluntad.

Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido o debido razonablemente prever”<sup>(1)</sup>.

Si bien es cierto que el artículo 27 no se refiere a hechos imprevistos sino a “causas no imputables a quien resulte afectado”, la imprevisión no se escapa para ser incluida entre las situaciones que desestabilizan la ecuación económica del contrato. O sea, la imprevisión puede ser apreciada como un factor de rompimiento de la equivalencia e igualdad del contrato, tal vez el más frecuente, pero no el único. Si llegaren a presentarse otros que del mismo modo alteren la ecuación del negocio jurídico no cabe a duda que podrán las partes suscribir los acuerdos y pactos necesarios “... sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”, como dispone el inciso 2º del citado artículo 27. Y que frente al desequilibrio por modificación de la remuneración pactada por ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista conduzca al restablecimiento a un punto de no pérdida.

A lo que acaba de decirse a propósito de la imprevisión, el tribunal considera conveniente adicionar las siguientes apreciaciones que, en su concepto, contribuyen a precisar los contornos de la figura jurídica en cuestión.

A propósito del estudio de las denominadas cláusulas de “hardship”, que son aquellas mediante las cuales las partes prevén la revisión de un contrato cuando un cambio sustancial de las circunstancias modifica profundamente el equilibrio inicial de las obligaciones de las partes, Ghestin anota que “**las consecuencias vinculadas a la sobrevinencia de un acontecimiento previsible pueden ser imprevisibles**”. El mismo autor, líneas más adelante, cuando se ocupa en analizar las condiciones que la doctrina exige para la configuración del fenómeno de la imprevisión y, en particular, la imprevisibilidad del acontecimiento, observa, de una parte, que “si el acontecimiento aparece como previsible, **sus consecuencias pueden haber sobrepasado todas las previsiones**” y, de otra, que si bien el carácter de imprevisible del suceso no es tomado directamente en cuenta por el derecho positivo francés —salvo contadas y precisas excepciones— “no es el origen del cambio de circunstancias lo que se tiene en cuenta, **sino el efecto que resulte del mismo**”. Todo ello le permite concluir que “**es el desequilibrio objetivo de las prestaciones, sobrevenido con posterioridad, lo que plantea la cuestión del mantenimiento integral o de la revisión del contrato, y no la superveniente de una circunstancia nueva e imprevisible**”<sup>(2)</sup>.

También en la práctica comercial internacional, la existencia de las cláusulas de “hardship” y su filosofía, así como las observaciones de Ghestin que se dejan destacadas, permiten sostener que un acontecimiento como una devaluación de magnitud, válidamente **previsible** en economías inflacionarias como la colombiana, bien puede desencadenar efectos o **consecuencias totalmente imprevisibles** sobre la economía de un determinado contrato oneroso comunitativo de larga duración, en el cual las prestaciones de las partes están llamadas a satisfacerse en forma escalonada, sucesiva o diferida en el tiempo, pues lo que verdaderamente cuenta, para efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión a un determinado contrato de esas características, no es tanto que el acontecimiento sea o no previsible o haya sido o debido ser previsto por las partes al momento de la celebración del convenio, cuanto que las consecuencias de ese acontecimiento sobre la relación negocial no hayan podido ser previstas por las partes en ese instante. La imprevisión, pues, se reconocerá por sus efectos<sup>(3)</sup>. De allí que la ley colombiana (C.Co., art. 868), como se expuso, reserve la aplicabilidad de la imprevisión a los contratos de ejecución periódica o sucesiva, y limite la mayor onerosidad sobreviniente de las prestaciones a cargo de una de las partes, a aquellas que deban satisfacerse en el futuro, pues son ellas las que sufrirán los efectos o consecuencias del advenimiento de una circunstancia nueva, extraordinaria, imprevista o imprevisible. Es, entonces, respecto de tales prestaciones de futuro cumplimiento donde debe encontrarse la afectación del equilibrio contractual.

Lo que viene de decirse es aplicable a los contratos regidos por las disposiciones del Código de Comercio. Conviene preguntarse si lo mismo puede predicarse de los contratos regulados por la Ley 80 de 1993 y,

particularmente, del contrato de concesión de un servicio público. En concepto del tribunal, la respuesta a ese interrogante ha de ser afirmativa. Las razones que fundamentan esa apreciación apuntan, unas, al origen histórico de la consagración de la teoría de la imprevisión, algunas están vinculadas al basamento filosófico de la misma y otras hacen relación a consideraciones propias del derecho positivo colombiano, según pasa a exponerse.

- a) La primera de tales razones se emparenta con la consagración de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo francés, dado que ella fue admitida por primera vez por el Conseil d'Etat en el famoso fallo del 30 de marzo de 1916, "Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux", proferido sobre las "conclusiones" del comisario de gobierno Mr. Chardenet<sup>(4)</sup> a propósito, justamente, de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público: la iluminación mediante gas de las calles de la ciudad de Burdeos. De allí que los comentaristas, autores de la obra en cita, sostengan que "la concesión es el campo de aplicación por excelencia de la teoría de la imprevisión" a pesar de que ella tiene un alcance general que ha permitido su aplicación a contratos tales como el de transporte, el de obras públicas y el de suministro, si bien en estos últimos los requisitos de la teoría se reúnen raramente, dada la cortedad de los plazos de ejecución de ellos contratos<sup>(5)</sup>.
- b) Por lo que hace al fundamento filosófico de la teoría, este es bien claro: como la prestación de los servicios públicos es una actividad de interés general para la colectividad, no es concebible su suspensión o interrupción. Pero como el concesionario es un colaborador de la administración en la oportuna y precisa prestación del servicio concedido, si este último, por razón del contrato que celebró, en un momento dado de la ejecución contractual se ve enfrentado a una situación tal que por circunstancias sobrevivientes, posteriores a la celebración del convenio y del todo ajena a la actividad del concesionario, encuentra que las prestaciones que debe satisfacer en lo porvenir se hacen más difíciles, a punto tal que, de persistir, pongan en peligro la continuidad de la prestación del servicio, la administración concedente debe venir en auxilio de su cocontratante, justamente para evitar la interrupción o suspensión de la prestación del servicio, en cuya continuidad está interesado el interés general de la colectividad. Ese auxilio consiste en el reconocimiento de una indemnización que coloque al concesionario en una situación tal que permita el restablecimiento del equilibrio prestacional tenido en cuenta al momento de celebrar el contrato. No se trata, evidentemente, de una indemnización íntegra y completa —como lo sería la que surgiera del incumplimiento contractual del concedente— sino de una de carácter más limitado y restringido. Es restringido, pues es de carácter temporal —mientras las consecuencias del evento constitutivo de imprevisión se mantengan presentes— y es de carácter limitado porque en ningún caso puede llegar a abarcar el lucro cesante, es decir, lo que el concesionario esperaba ganar. En otros términos, la indemnización de imprevisión solo la debe el concedente cuando el cumplimiento del contrato, en las nuevas condiciones impuestas por el evento constitutivo de imprevisión, ocasiona al concesionario un déficit verdaderamente importante y no meramente un simple lucro cesante. Así, pues, lo que la indemnización por imprevisión está llamada a morigerar, son los efectos que sobre la economía del contrato producen las circunstancias sobrevivientes, así estas hayan podido o debido ser previstas por las partes al momento de la conclusión del contrato.
- c) En cuanto concierne a las consideraciones propias del derecho positivo colombiano, baste al tribunal poner de presente como, a partir de 1988, la jurisprudencia del Consejo de Estado por conducto de su Sección Tercera expuso —a propósito del pacto de intereses moratorios en los contratos administrativos, disciplinados entonces por el Decreto 222 de 1983— que la materia contractual administrativa no estaba íntegramente regulada en el mencionado estatuto contractual, y que un importante campo, constituido entre otros aspectos por los principios generales de los contratos de derecho privado, y en particular lo concerniente a los efectos de las obligaciones [principio conforme al cual el contrato es ley para las partes (C.C., art. 1602); la ejecución de buena fe de los contratos (art. 1603); las penalidades por mora de una de las partes (art. 1608) y la indemnización integral del perjuicio en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 1613) eran, según la alta corporación, enteramente aplicables al entonces llamado "contrato administrativo"<sup>(6)</sup>.
- d) Ese enfoque compagina a cabalidad con el régimen mixto —de derecho público y de derecho privado— instaurado en materia de contratación estatal por la Ley 80 de 1993, según se deduce sin esfuerzo de preceptos tales como los contenidos en los artículos 32 y 40 de la citada ley referentes, en su orden, a la noción de contrato estatal<sup>(7)</sup> y al contenido del mismo<sup>(8)</sup>.
- e) Dentro de esa óptica tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>(9)</sup> como la doctrina nacional<sup>(10)</sup> consideran

aplicable también al contrato estatal la regulación que el Código de Comercio trae en su artículo 868 sobre la imprevisión. En opinión del tribunal, es esa una postura que guarda armonía con el principio de integración legislativa conforme al cual cuando no haya norma exactamente al caso controvertido, el juez debe aplicar las que regulen materias análogas, contenidas en otras leyes (L. 153/887, art. 8º).

f) En ese orden de ideas, y habida cuenta que la Ley 80 de 1993 no contiene una regulación puntual de la teoría de la imprevisión aplicable al contrato estatal, sino simples referencias a algunos de sus elementos constitutivos, ya reseñados por el tribunal en el capítulo de este laudo concerniente a las consideraciones de carácter general, tales como los contenidos en los artículos 5º numeral 1º, 4º numerales 3º y 9º y 27 de la Ley 80, el tribunal reitera su opinión conforme a la cual la imprevisión, en la forma como aparece regulada por el artículo 868 del Código de Comercio es aplicable al contrato estatal en general y al de concesión de servicios públicos en particular, con las obvias limitaciones derivadas de la presencia de los principios de la “continuidad” y de la “adaptación” del servicio público, que impregnán también la teoría general del contrato estatal, caracterizado por su dinamismo<sup>(11)</sup>.

En efecto, el principio de la “continuidad” impone que el servicio público a cargo del concesionario se mantenga prestado en forma regular, eficiente y permanente<sup>(12)</sup>, dado que en ello se encuentra involucrado el interés general de la colectividad, destinataria por definición de los servicios públicos. A su turno, el principio de la “adaptación” determina que los servicios públicos, bien sean prestados directamente por la administración, ora a través de sus colaboradores o contratistas concesionarios, se amolden constantemente no solo a las necesidades de la colectividad, sino al entorno social y económico dentro del cual están llamados a funcionar.

Consecuencia de la aplicabilidad de tales principios al contrato de concesión de un servicio público es, como ya tuvo oportunidad de puntualizarlo el tribunal, la de que la administración, responsable constitucional y legalmente de la prestación del servicio, está en la obligación de acudir en ayuda de su cocontratante, colaborador en la prestación del servicio público, cuando quiera que este se vea constreñido o amenazado con suspender la prestación del servicio concedido, por razón del advenimiento de nuevas circunstancias o factores que amenacen con perturbar la normal, continua y eficiente prestación del servicio que la propia administración le ha permitido prestar, a través de mecanismos de técnica jurídica tales como el del contrato de concesión. Y es esa concepción, propia del derecho público en general y del administrativo, en particular, razón suficiente para justificar y aceptar la aplicabilidad de teorías forjadas dentro del ámbito propio del contrato administrativo, tales como la del denominado “*factum principis*” o hecho del principio, o la de las sujetiones materiales imprevistas o, por último, la de la imprevisión, como soluciones que buscan remediar los déficits operacionales que puede abocar o a que puede verse enfrentado el contratista concesionario de servicios u obras públicas, por la sobrevinencia —durante la ejecución del contrato— de hechos o circunstancias nuevos, imprevistos o imprevisibles y totalmente ajenos a su voluntad, que si bien no imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones que para él emanan del contrato, sí implican o traen como consecuencia una mayor carga prestacional, una “onerosidad sobreviniente” que, en equidad, no está obligado a soportar él solo, con serio riesgo de ver sacrificada y aún anulada la justa retribución a que tiene derecho como colaborador que es de la administración y, lo que es peor aún, con el “*desideratum*” inconveniente y a todas luces indeseable de la paralización del servicio o de las obras.

## **2. Algunos aspectos de categorización del contrato de concesión.**

Estima el tribunal pertinente hacer algunas precisiones alrededor de la onerosidad y comutatividad de los contratos, por la incidencia que puedan tener en las conclusiones de esta controversia arbitral.

El artículo 1497 del Código Civil identifica el contrato oneroso... “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro”, es decir, utilidad y gravamen como criterios de acercamiento de las prestaciones contractuales, bajo el entendido de que cada parte persigue beneficio pero al mismo tiempo sabe que se afecta, con efectos patrimoniales, sin que necesariamente se logre el resultado buscado en derredor de la economía del contrato, pues uno y otro implican un riesgo entre las ventajas que se otorgan y las que se reciben.

Del mismo modo, el contrato oneroso puede caracterizarse como comutativo “... cuando cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”, y como aleatorio si la equivalencia consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Las partes procuran, tanto

en los actos preparatorios como en los definitivos, valorar los resultados económicos del contrato, una veces determinando los alcances patrimoniales, propio de los contratos comutativos, y otras dejando a la suerte, a la incertidumbre, al azar, el resultado del contrato, en los aleatorios.

En el contrato comutativo las obligaciones se determinan sin necesidad de acudir a ningún factor que imprima incertidumbre, para ser apreciados en los términos previstos por las partes. Deben considerarse como equivalentes o de igual valor. Precisamente, la ley tiene como principio general que los contratantes buscan un equilibrio, una simetría negocial, por constituir expresión esencial de la conducta humana que cuando se contrata procura o pretende que la equivalencia impere en esas relaciones. Y para dejar lo incierto en el resultado, como excepción. Por eso se podrá afirmar que, cuando existe duda sobre la índole del contrato, prevalezca el concepto oneroso comutativo en la relación obligatoria.

De la misma manera, conocer o por lo menos estar en capacidad de establecer las prestaciones, las ventajas y afectaciones de un contrato lleva a que el contrato revista la característica de oneroso comutativo. La magnitud del negocio se aprecia independientemente a que se alcance el resultado patrimonial deseado. Vale decir, los contratantes fijan los parámetros económicos, con o sin mayores riesgos. Si se rompe el equilibrio o la equivalencia, excepcionalmente, la misma ley se encarga de conceder acciones para el imperio de la comutatividad como sucede con la lesión enorme o la imprevisión —de rescisión y de revisión— en los contratos privados y de ajuste y revisión en los estatales.

Por supuesto, la posibilidad de ajuste y revisión de un contrato de trato sucesivo y oneroso comutativo se puede plantear durante la ejecución del mismo, siempre que la economía del contrato se afecte en detrimento de alguna de las partes. Eso significa, entonces, que las situaciones cambiantes son las que se deben tener de presente para los efectos del restablecimiento del equilibrio económico. O sea: la circunstancia que haga más onerosa la situación de un contratante legitima la búsqueda de la ecuación económica de suerte que si en determinado momento afecta a uno de los contratantes puede suceder que luego agravie al otro. Por tanto, uno y otro se coloca en condición de reclamar alrededor del correspondiente desajuste contractual, sin que esto suponga contradicción sustancial alguna.

Lo anterior le permite al tribunal sostener que si llega a ocurrir el rompimiento del equilibrio económico de un contrato de la estirpe que se analiza, por grave onerosidad sobreviniente, la parte afectada puede procurar que se restablezca el equilibrio económico con el ajuste o revisión correspondiente; y, del mismo modo, si en desarrollo del mismo se muta la situación, la otra parte puede también reclamar para el mantenimiento del equilibrio negocial, por la inversión del ejercicio económico del contrato.

No podrá calificarse de absurdo que pueda la entidad estatal, en un contrato de duración sucesiva, reclamar que se revise o ajuste un contrato si circunstancias posteriores llegaren a incidir en el equilibrio de la relación obligatoria en su contra y a favor del contratista, pues hay que aceptar que así como puede ser demandada por la agravación de la ecuación económica del contratista procure, en situación financiera contraria, que no se le vulnere o menoscabe esta mediante la correspondiente restauración del equilibrio económico. Por eso, no se deben plantear excepciones en la contratación estatal pues la igualdad inspira esas relaciones.

### **3. El contrato de concesión estatal. Regulación y clasificación.**

De los pocos contratos que la Ley 80 de 1993 se encarga de identificar es el de concesión, y lo define en el numeral 4º del artículo 32, en los siguientes términos: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestaciones que las partes acuerden”.

Sin entrar en la precisión del amplio contenido del objeto que en el contrato de concesión se muestra —L. 80, art. 32— y que lo separa del contrato de concesión privado en cuanto este, sin existir una definición legal, es entendido como aquel en que una parte se obliga permitir a otra la explotación de un servicio que tiene o goza para que, a su vez, esta lo preste a terceros en su propio nombre y por cuenta y riesgo y por una remuneración, se puede afirmar que el contrato de concesión estatal, como también acontece con el privado, es oneroso, pues ambas partes procuran ventajas o utilidades patrimoniales con recíprocas afectaciones.

La entidad estatal concedente confiere la ventaja en lo que concierne a que el concesionario preste, opere, explote, organice o gestione un servicio público, y en esa misma dirección se afecta. Por su parte, el concesionario confiere la utilidad en la remuneración que recibe y, por ende, con el pago de la prestación se grava. Los extremos obligacionales sucesivos sirven para reconocer no solo el carácter bilateral del contrato de concesión estatal sino la onerosidad que comporta. Y el hecho de que el Estado esté obligado a prestar los servicios públicos, en manera alguna desnaturaliza el carácter oneroso de la concesión estatal, por cuanto ese deber se convierte en un derecho de contenido económico al permitirse que una persona natural o jurídica pueda atenderlos a cambio de una remuneración.

Tampoco las expresiones “**por cuenta y riesgo del concesionario**” modifican el carácter comutativo del contrato pues lo que pretende significar el numeral 4º de la Ley 80 de 1993 es que el concesionario asume el deber de las actividades de empresa por su propia gestión, sin relación directa o exclusiva con los riesgos económicos del contrato, ya que el riesgo normal del contrato radica en el contratista pero no el anormal. Posteriormente, el tribunal volverá in extenso sobre este punto.

Y ante el indiscutible carácter de oneroso del contrato de concesión cabe preguntar: es comutativo? La respuesta es afirmativa, por las razones que pasan a señalarse.

Como anota Arturo Alessandri Rodríguez<sup>(13)</sup>, “... Lo que caracteriza el contrato comutativo es que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes. Lo que cada una da se considera, en concepto de ella, como que corresponde en valor a lo que la otra recibe. Y, por lo mismo, los contratantes pueden apreciar, desde la celebración del contrato, el beneficio o pérdida que este le significa. En el contrato aleatorio, en cambio, la extensión y, a veces, la existencia misma de las prestaciones depende de un acontecimiento incierto; los contratantes no pueden conocer desde su celebración, el beneficio o la pérdida que reportarán del contrato. En esto consiste lo aleatorio. Ello lo sabrán una vez producido el acontecimiento incierto del cual han hecho depender sus obligaciones”.

Las prestaciones de la entidad estatal, como concedente, y la de la otra parte, concesionario, tienen en principio que reconocerse o mirarse como equivalentes: permitir que se explote u opere un servicio público, determina el alcance de la prestación a cargo de la entidad estatal; y si el concesionario se obliga a pagar una remuneración, en una cualquiera de las modalidades indicadas en el artículo 32 —derechos, tarifas, tasas, valorización o participación o una suma de dinero, única o porcentual—, por la explotación comercial de ese servicio, se exterioriza y determina la otra prestación. No existe ningún acontecimiento incierto, ningún factor de azar. Todo se observa en el ámbito de un conocimiento determinado aunque no siempre resulte que de la ejecución se cumplan las metas esperadas o buscadas por los contratantes, y sin perjuicio de las variaciones económicas que pueden derivarse del desarrollo del contrato.

No se puede afirmar que los éxitos o fracasos económicos del concesionario en el desarrollo o ejecución del contrato constituyan factores que alteren o cambien el carácter comutativo que reviste, pues esto cuenta para saber el alcance de la utilidad o pérdida de la gestión pero no para estimar alea o incertidumbre del contrato. Si se paga una determinada suma por la concesión, la equivalencia procurada se mide con apoyo en esa situación prestacional. Por eso, ni la habilidad ni la impericia misma del concesionario se prestan para desviar el principio de igualdad que las partes procuran con el contrato.

Claro está que, en particulares casos, puede admitirse la existencia de riesgos que desvirtúan el carácter comutativo del contrato de concesión, como sería en aquellos casos negociales en que los ingresos del contratista quedan sujetos a factores distintos del comportamiento de las partes sino de terceros que hacen incierta la equivalencia. En esos eventos le corresponderá al operador judicial calificar las circunstancias de incertidumbre

para saber, con margen de seguridad, si se puede caracterizar, por excepción, como contrato aleatorio. Y como se sostiene en el laudo de 10 de mayo de 2000, que transcribe el apoderado de la parte convocada: “En el caso objeto de examen, el concesionario tanto del servicio público como del bien que se asigna para su uso con el fin de prestar el correspondiente servicio, se obligó a pagar a favor del Estado concedente una prestación económica consistente en una suma determinada de dinero que —como atrás se dijo— constituye un ingreso corriente para la Nación —no tributario y de carácter contractual— y recibe a cambio la concesión misma por cuya explotación obtendrá una remuneración, precio, emolumento que él mismo fija y cobra al usuario por la prestación del servicio que le ha sido concesionado [sic]. Sin embargo, el contrato no es comunitativo, por cuanto, no obstante ser oneroso o útil para las partes, dicha utilidad no pudo ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del contrato y las prestaciones que resultan de la relación jurídica no pueden mirarse como equivalentes entre sí, de tal manera que determinan un cierto equilibrio en la ecuación económica del contrato. En efecto, la obligación del concesionario consistente en pagar un precio —que corresponde a una suma fija y otra variable trimestralmente— a favor del concedente, no es equivalente a la prestación de este consistente en otorgar la concesión del servicio y garantizar el uso de un bien del Estado para su prestación con el objeto de que obtenga por su explotación un precio cuya tarifa debe fijar y cobrar directamente el concesionario al usuario beneficiario del servicio”.

Se tiene que aceptar entonces que la equivalencia está vinculada, como principio general, al contrato de concesión estatal, bajo el entendido de que en este se procura mantener la igualdad de valor. Entonces el asunto se resume de la siguiente forma: de alterarse las condiciones económicas del contrato por riesgos anormales le corresponderá a la administración pública asumirlos desde el punto de vista económico; y, en caso contrario, en presencia de riesgos normales, sería por cuenta del contratista asimilar el impacto económico desfavorable del contrato.

Por otro lado, el contrato de concesión en materia de televisión está expresamente definido en el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 como “... el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio —público— de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio”. Así mismo, el artículo 48 de la precitada ley dispone que la concesión se puede hacer por contrato o licencia con el pago de una tarifa.

Cuando se opera y explota el servicio público de televisión por un contratista, llámese entidad pública o particulares, sin duda, se crean riesgos en especial ante el requerimiento de inversión y de gestión para el cumplimiento del cometido de atención del servicio, pero al mismo tiempo debe buscarse que la actividad del contratista se realice en un ámbito de equilibrio económico.

#### **4. El contrato de concesión estatal. Distribución de riesgos.**

En atención a que se ha sostenido por algunos comentaristas, en opinión que ha tenido eco por parte de la entidad convocada, que en el contrato de concesión todos los riesgos corren por cuenta de concesionario, para lo cual se apoyan en la definición que de ese contrato trae el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el tribunal considera necesario fijar su posición al respecto.

La circunstancia de que el contrato de concesión de un servicio público, conforme a su definición legal, sea “por cuenta y riesgo del concesionario” no implica que el equilibrio económico del contrato —como principio contractual— no sea aplicable, porque en sentir del tribunal la locución destacada tan solo debe interpretarse en el sentido de que las aleas normalmente previsibles en la ejecución del contrato, dejan de estar a cargo de la entidad pública concedente para trasladarlas al concesionario. Mas los eventos imprevistos o imprevisibles, aún para el más hábil, experto e idóneo de los contratistas no pueden serle asignados a este último, porque aceptar semejante interpretación conduciría a hacer absolutamente nugatorio el principio cardinal que gobierna los contratos estatales, claramente salvaguardado por el estado general de la contratación pública contenido en la Ley 80 de 1993, consistente en la preservación del equilibrio económico del contrato, y absolutamente inane el mandato del propio legislador conforme al cual en todo contrato estatal corresponde a la entidad pública contratante restablecer esa ecuación, cuando quiera que ella se vea desquiciada por causas no imputables al contratista, máxime cuando se trata de contratos de carácter bilateral y comunitativo.

No sobra poner de presente, como lo subraya Ives Gaudemet en la última edición del “Tratado de Derecho

Administrativo” de Andrè de Laubadère<sup>(14)</sup>, que “en todo contrato administrativo existe, expreso o implícito, un derecho del contratante a cierto equilibrio financiero del contrato”, llamado también ecuación financiera, consistente en considerar “el contrato administrativo como si formase un todo en el cual los intereses de las partes se condicionan (...); cuando el equilibrio inicialmente contemplado se rompe en detrimento del particular contratante, este tiene derecho a que tal equilibrio le sea restablecido por la administración contratante bajo la forma de una compensación pecuniaria”; que esa figura del equilibrio financiero del contrato, de estirpe jurisprudencial, tuvo origen en el Consejo de Estado francés, y que ya ha sido frecuentemente expuesta ante dicha corporación por sus “comisarios del gobierno”, particularmente a propósito de contratos de concesión de servicios públicos. Así, León Blum, en sus conclusiones en el proceso de la Compañía General Francesa de Tranvías, fallado por el Consejo de Estado francés el 11 de marzo de 1910, expuso que “[E]s de la esencia misma de todo contrato de concesión, buscar y lograr, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas... Las ventajas y las cargas deben balancearse de forma tal que formen la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión va implícita, como una especie de cálculo, la **equivalencia honesta** entre lo que se otorga al concesionario y lo que se exige de él... Es lo que se llama la **equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión** ” (subraya el tribunal).

En conclusión: el equilibrio económico y financiero del contrato objeto de la presente litis que, a juicio del tribunal, ha de ser tomado en cuenta, está constituido por todos aquellos elementos que se tuvieron en cuenta por las partes como determinantes del acuerdo de voluntades que plasmaron en el contrato que suscribieron. De ahí por qué, como se verá más adelante, el tribunal reconocerá que la sociedad convocante tiene, como concesionaria de un servicio público cual es el de televisión, pleno derecho a que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, quebrantado por razón de los efectos o repercusiones que afectaron la economía particular del contrato de concesión 136 de 1997, directamente derivadas de la grave crisis económica generalizada que sumió al país desde 1998.

Lo dicho no implica, en forma alguna, que el tribunal estime que sea preciso que se alteren todas las bases económicas del contrato, o que se afecten absolutamente todos los extremos de la relación negocial. Basta, en efecto, para que la alteración se produzca, que se presente un desequilibrio, no imputable al contratista, en cualquiera de las prestaciones o contraprestaciones acordadas por las partes. A ello conviene añadir que el contrato de concesión para la prestación de un servicio público como el que se debate en este proceso es —según tuvo oportunidad de puntualizarlo el tribunal— de carácter comutativo, que no aleatorio, lo que impone tener en cuenta las consecuencias propias de esa calidad, entre las cuales ha de resaltarse aquella que determina que las prestaciones que las partes recíprocamente se prometen, han de mirarse como equivalentes entre sí (C.C., art. 1498).

## 5. El contrato de concesión de esta controversia arbitral. Antecedentes.

Como quedó reseñado, el contrato celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión y la Sociedad Caracol Televisión S.A., distinguido con el número 136 de 1997, es de concesión estatal, tal como lo define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se reitera en el artículo 46 de la Ley 182 de 1995. Así lo identificaron las partes y se desprende del clausulado negocial.

Para llegar a las estipulaciones del contrato, se tuvo de presente tanto el mandato de la Ley 182 como el pliego de licitación propuesto para alcanzar aquel fin. La mencionada ley, como se expuso, le impone a la Comisión Nacional de Televisión una serie de exigencias para la concesión del servicio público de televisión, o sea que no goza de total amplitud para fijar las condiciones contractuales, sino que tiene que sujetarse a ciertos criterios como los indicados en el literal g del artículo 5º, para la fijación de los derechos, tasas y tarifas a cargo de los concesionarios.

Entonces, el trámite precontractual y contractual de la concesión de televisión debió sujetarse a las reglas de la Ley 182 y como es obvio al estatuto de la contratación de la administración pública y normas concordantes, tal como consta en este proceso arbitral:

- El valor de la concesión fue fijado por la Comisión Nacional de Televisión con base en el estudio económico y

financiero elaborado por Inversiones e Ingeniería Financiera, así como en los conceptos del el Instituto SER de Investigaciones, de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional en relación con la elasticidad de la INPT. Así aparece en las actas números 212, 238, 243, 244, 245, 246, 259, 262, 278 y 301 de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión (fls. 16 y ss. del cdno. 6 de pbas., t. 1/4).

- El 24 de septiembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión abrió la licitación pública 003, para el otorgamiento de las concesiones para la operación y explotación de los canales nacionales de operación privada N1 y N2.
- Al cierre de la licitación, que tuvo lugar el 24 de octubre de ese mismo año, se verificó la formulación de propuestas por parte de TRR Televisión S.A., Caracol Televisión S.A. y Producciones T.V. Color S.A.
- En audiencia pública realizada el 24 de noviembre siguiente, y mediante Resolución 582 de esa fecha, se efectuó la adjudicación de la referida licitación, resultando favorecidas las sociedades TRR Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A.
- El 22 de diciembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. suscribieron el contrato de concesión número 136, para la operación y explotación del canal nacional de operación privada N2.

Ahora bien, en la cláusula primera el objeto "... es la entrega que hace la comisión a título de concesión al concesionario de la operación y explotación del canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional N2, de conformidad con el pliego de condiciones de la licitación pública 003 de 1997 y la propuesta presentada por el concesionario, los cuales forman parte integral del presente contrato.

"PAR.—El servicio de televisión objeto de esta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el canal nacional de operación privada N2 en el plan de utilización de frecuencias de televisión y que forma parte integral de este contrato.

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

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

El plazo de ejecución del contrato convenido fue de diez años contados a partir de la operación del Canal Caracol, o sea el 11 de enero de 1999, pudiéndose prorrogar por igual plazo y por una sola vez.

El valor de la concesión pactada, para todos los efectos legales, es la suma de \$ 117.973.850.000, que se pagaría así:

- "... a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato.
- b) Un segundo pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día del vencimiento del primer (1er) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del segundo (2º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- d) Un cuarto pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del tercer (3er) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.
- e) Un pago final, correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del cuarto (4º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato".

Sin lugar a dudas, los parámetros que determinaron la fijación del valor de la concesión, así como los extremos

contractuales señalados, objeto y remuneración, constituyen elementos indiscutibles del carácter oneroso-comutativo que reviste el contrato de concesión 136, en cuanto las partes se gravan y persiguen beneficios o utilidades recíprocos y determinan, con rango de certeza, las prestaciones a cargo de cada una de ellas, en procura de la estimación de aquellos elementos.

Desde el momento en que la Comisión Nacional de Televisión permite que un ente privado opere y explote un canal de televisión, se afecta en el sentido de que los beneficios inherentes a la explotación directa del canal no los recibe, pero al mismo tiempo la utilidad se refleja en la remuneración que percibe. Por su lado, Caracol se grava patrimonialmente con la suma de dinero pagada o a que se obligó a pagar, pero se beneficia con la explotación comercial del canal.

La determinación del objeto se convierte en un elemento de certeza que se complementa enseguida con el plazo pactado. Se conoce lo que se persigue ejecutar con el canal asignado en concesión. Pero así mismo, la suma de \$ 117.973.850.000 fija la prestación del concesionario, que en principio tiene que observarse como equivalente o de igual valor con la operación y explotación que se autoriza u otorga del canal.

Precisamente, sobre esos extremos se debe calificar la comutatividad del contrato de concesión 136. Los beneficios o las pérdidas de la explotación comercial misma del canal no modifican esa caracterización negocial. Es posible que esa situación influya en la onerosidad del contrato, o sea en el resultado más o menos gravoso del mismo, pero no en la perspectiva de la equivalencia procurada por las partes y no necesariamente alcanzada.

Se podrá argüir que los términos de la licitación o mejor los antecedentes del negocio jurídico pueden cambiar la caracterización de contrato comutativo que se le ha indicado para convertirlo en aleatorio en consideración a los eventuales riesgos que asumió el contratista con la explotación del canal desde el punto de vista de su comercialización. Pero no es así. El conocimiento de los estudios elaborados por distintas entidades sobre el cálculo del valor de la concesión como del valor de la utilización del espectro electromagnético para llegar a fijar el precio de la concesión, sirve para reafirmar la equivalencia presupuestada en el contrato y no para pensar o creer que el contratista, por ese conocimiento, asumió los riesgos que resultaren de la operación y explotación del canal de televisión de manera incierta de ganancia o pérdida.

El tribunal de arbitramento anterior tuvo ocasión de referirse al carácter comutativo del contrato de concesión 136, en los siguientes términos:

“Explícitamente el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato estatal es comutativo, es decir que respecto de él se establecen ‘los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos’. Esto concuerda con la preceptiva del artículo 1498 del Código Civil, según el cual, ‘... Cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez ...’ En el sublite la administración otorga concesión para la operación y explotación del canal de operación privada N2” (espectro electromagnético), y el contratista obtiene el derecho a la explotación económica mediante el pago de un valor equivalente, uso del canal de televisión del que deriva una remuneración, la cual según la doctrina no solamente está erigida legalmente en beneficio del concesionario, sino también en beneficio de la continuada y regular prestación del servicio público de televisión, contratando además la utilización del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio público, con el fin de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio, evitando las prácticas monopolísticas en su explotación económica y cumpliendo otros importantes requerimientos estatales, tales como el pluralismo informativo y la competencia en la prestación del servicio, todo conforma a las leyes que rigen la prestación del servicio público de televisión en Colombia”.

El contrato de concesión 136 niega la posibilidad de la reversión de los bienes del concesionario, pero deja abierta la posibilidad de acordar este con la comisión los términos de adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión.

El contrato se ocupa de otros aspectos, además de consagrar las obligaciones de las partes y establecer los fines y principios del servicio de televisión, unos propios de la contratación de la administración pública como las cláusulas de caducidad, modificación, suspensión y terminación, acceso al presupuesto, otros comunes a la contratación en general: cláusula penal, multas, liquidación, prohibición de subcontratar, cláusula compromisoria,

y algunos propios del servicio público de televisión como porcentaje de programación nacional, acceso del Presidente de la República, cesión de espacios al Gobierno Nacional, protección al menor, de rectificación, de recepción de quejas, de inspección de la comisión.

Así mismo, el contrato de concesión 136 se caracteriza como “de ejecución sucesiva o periódica”, en cuanto existen obligaciones que no se agotan en un solo momento de cumplimiento sino que extiende en el tiempo la realización o cumplimiento de ciertas prestaciones básicas. Es cierto que se pactó un precio determinado para pagarse o diferirse en dos años, pero del mismo modo se convino que uno y otro contratista asumía obligaciones escalonadas durante todo el plazo del contrato: Caracol de operar y explotar, en los términos convenidos, el canal asignado con sujeción a los derechos y deberes indicados para la prestación del servicio público de televisión y la comisión de permitir la utilización de las frecuencias concedidas para la prestación del servicio de televisión, que hacen precisamente por la naturaleza de las prestaciones que el contrato se convierte de trato sucesivo, en cuanto la relación obligatoria se ubica en un ámbito de permanencia y oportunidad de ejecución prestacional dentro del plazo establecido.

## **6. La imprevisión en los contratos que tienen en cuenta estipulación en divisa extranjera.**

En tratándose de obligaciones dinerarias, en países de inestabilidad económica, es frecuente que la relación jurídica que nace se desarrolle o ejecute en medio de fenómenos inflacionarios con pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que obliga a pensar si las alteraciones que se producen necesariamente determinen se reconozca el acaecimiento de circunstancias imprevisibles o, por el contrario, se admite que obedecen a hecho de normal ocurrencia. Por eso, cuando se plantea la controversia, sobre esos extremos, debe llevar al juzgador a que analice, en cada evento particular, todos los factores de alteración para encontrar la solución equitativa.

La inflación puede, perfectamente, convertirse en circunstancia constitutiva de la imprevisión. Pero, en sentir del tribunal, debe calificarse de grave e influyente en la ecuación financiera del contrato; y no solo que ocurra sino que, por su magnitud evidencie, la simetría negocial se fracture de manera brusca o notoria. Si el contrato, pues, nace a la vida jurídica en una época o momento en que la inflación está en pleno auge, sin desviarse de un cauce normal o no se excede de un comportamiento regular o estable, el desequilibrio que se presente no puede ser reconocido o acogido.

En cambio, si el fenómeno inflacionario durante la ejecución del contrato se desborda la situación económica, como es obvio, adquiere la caracterización de extraordinaria, no previsible; convirtiendo de contera el futuro cumplimiento como prestación en dinero de excesiva onerosidad. Es un rompimiento asimétrico en cierto sentido brusco del nivel obligacional el que debe exteriorizarse, como criterio objetivo, de modo que sirva enfrentar la prestación del deudor —sacrificio— con la contraprestación de la otra parte-beneficio.

Otro aspecto que considera el tribunal debe quedar precisado, por ahora en un marco conceptual, es el que hace relación con el fenómeno de devaluación derivado de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de un país frente a la de otro, particularmente cuando entra en juego una moneda fuerte con una débil y las partes estipulan como elemento del contrato la prestación en divisa extranjera. Y con idéntico criterio del anterior fenómeno interno, se admite la procedencia de la imprevisión bajo el entendido de que la ocurrencia de una situación inflacionaria debe calificarse de tal entidad que evidencie notoriamente la ruptura del reparto equitativo de la prestación a cargo de una de las partes en beneficio de la otra, y que, como remedio, impulse a encontrar el equilibrio original.

Por supuesto, no se puede generalizar la aplicación de aquellas manifestaciones abiertas de enfrentamiento de monedas de varios países para calificar el grado de fluctuación y, por ende, de impacto en el equilibrio del contrato o en su igualdad. Tiene que acontecer un hecho que altere esta condición. Entonces, cuando las partes pactan, en un extremo prestacional, en moneda extranjera, lo común y previsible es que de antemano se reconoce la posibilidad de la producción de circunstancia que no es idéntica a cuando se conviene en moneda del mismo país porque, en este evento, el fenómeno es interno con clara medición de su consecuencia económica. La estipulación en divisa extranjera hace suponer, entonces, que las partes han adoptado un criterio simple: pagarse en la divisa convenida sin consultar o tener de presente, en principio, las alteraciones o vaivenes de la moneda extranjera. Solo una alteración que caiga en el campo de lo anormal podría constituir en una factor de presencia de la imprevisión.

Cuando las partes al momento de contratar evalúan la situación de cambio y lo recogen en el cuerpo del contrato necesariamente deben contar con las eventualidades de las fluctuaciones de las monedas, de modo que se convierte en un aspecto de especial previsión y que únicamente cuando la alteración tiene cierta significación económica puede admitirse que esa previsión no fue suficientemente apta para definir y mantener el equilibrio del contrato.

Ha sostenido la doctrina arbitral:

“Por fenómenos de cambio internacionales, que afectan los valores de US \$ frente a otra moneda extranjera, como es la lira italiana, no es pertinente, por lo menos en principio, apelar a la teoría de la imprevisión para respaldar y justificar el reclamo de pago de indemnizaciones basados en que una moneda se devalúo o revalúo frente a la otra. El tema de las fluctuaciones de valores de las monedas es de normal y previsible ocurrencia. Ni el equilibrio y estabilidad del contrato se podían basar en hechos y circunstancias mutables y fluctuantes por su esencia y su naturaleza como es el valor comparativo de una moneda frente a la otra. No es jurídicamente aceptable basar el equilibrio financiero del contrato en hecho tan fluctuante y relativo, como es el factor que sirva para comparar la tasa de cambio de dos monedas en un momento dado. En efecto: siendo, como es, esencialmente mutable esta relación de valores, es contradictorio pretender que se mantenga constante e inmodificable. La modificación persistente de los valores comparativos de las monedas en estudio, que ha venido ocurriendo desde muchos años con anterioridad a la formulación de los pliegos de condiciones, a la adjudicación y a la firma del contrato, y que continúa ocurriendo en la actualidad, tiempo después de finalizada la obra, sirve para destacar que no se trata de factores sobre los cuales se pueda jurídicamente aplicar la teoría de la imprevisión, salvo, quizás, que el hecho haya tenido una inusitada gravedad que implique ruina económica”<sup>(15)</sup>.

Todo el marco doctrinal anterior lo hace el tribunal considerando que si bien es cierto en el cuerpo del contrato de concesión 136 no se estipuló ninguna prestación en divisa extranjera, también lo es que para la fijación del precio de la concesión los miembros de la Comisión Nacional de Televisión tuvieron en cuenta una suma en dólares, concretamente US\$95 millones, como se definió en la reunión de 16 de junio de 1997.

Se reitera, el alcance que tiene el pacto en divisa extranjera en un contrato de prestaciones periódicas, con una primera aproximación conceptual: no es la simple alteración del valor de la moneda extranjera frente a la local la que puede servir de fundamento para restablecer el equilibrio económico del contrato que puede romperse o afectarse por la diferencia de los valores de las monedas. Esto es, tienen que ocurrir situaciones inflacionarias o de trascendencia monetaria que conduzcan a romper el equilibrio y la igualdad o equivalencia de las prestaciones. No son simples diferencias de valores entre la moneda extranjera y la moneda interna. Deben presentarse hechos que sirvan para evidenciar que el contrato no ha guardado o mantenido el criterio simétrico que lo inspiró.

Cuestión distinta es que se entienda que el fenómeno de devaluación es de entidad que altera la equivalencia de las obligaciones, separado de cualquier discusión sobre los términos convenientes de liquidación; y esto tendría que ver, como se expondrá más adelante, con la imprevisión y frente al cumplimiento de futuras prestaciones.

Advierte el tribunal que no se puede afirmar que existe contradicción si se pretende el restablecimiento del equilibrio económico en relación con el pacto de pago en moneda extranjera y, separadamente, se endereza otra pretensión distinta con fundamento en la existencia de elementos propios de la imprevisión, pues todo depende de los motivos y hechos que sirven a uno y a otra, como en el caso presente en que se solicitó el restablecimiento del equilibrio económico con base en una confrontación de los términos de las estipulaciones contractuales, por un lado, y por el otro, de manera independiente, se alegan ciertas circunstancias posteriores a la celebración del contrato, que por la excesiva onerosidad, producida por el grado de devaluación de la divisa extranjera en relación con la moneda local o interna, se altera el cumplimiento posterior de las obligaciones de la parte que debe pagar en moneda externa aun cuando se conviniere en la conversión de esta en moneda local.

Como se ha dicho, para fijar el valor del contrato se tuvo en cuenta una suma determinada de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; sin embargo al concretarse el precio se hizo en pesos colombianos mediante la conversión de la divisa extranjera a moneda colombiana. Esto hace, sin lugar a dudas, que el fenómeno de devaluación juegue un papel importante en ese campo prestacional. Si la divisa extranjera evolucionó en un porcentaje o promedio normal, obviamente, se mantiene la simetría negocial. En cambio, si llegó a ocurrir un fenómeno de devaluación o revaluación de grave significación, la cuestión cambia en detrimento o en favor de

alguna de las partes. Se insiste: no son simples o débiles movimientos de la tasa representativa de cambio. No. Tiene que ocurrir una situación de impacto económico.

Es cierto que partir de 1999 empieza a ocurrir un fenómeno de fuerte devaluación, y en la actualidad con tendencia distinta o sea de revaluación, que no es del caso entrar a analizar en sus causas y efectos en la economía colombiana, en una proporción mayor y que hizo que las obligaciones en dólares pagaderas en pesos, con la tasa de cambio vigente en la fecha del pago, se elevaran. E igualmente se pregunta: aquel acontecimiento es extraordinario, vale decir, por fuera de orden económico ordinario?

Todo el panorama anterior incontrastablemente conduce a precisar si la devaluación que ha ocurrido en Colombia durante los últimos seis años es constitutiva de una circunstancia extraordinaria, imprevista o imprevisible, como lo exige el artículo 868 del Código de Comercio o, de manera simple, obedece a un acontecimiento que puede calificarse de normal.

Para el tribunal es evidente que la devaluación de los últimos años, no solo frente a lo que proyectaron las partes sino en general, ha experimentado un alza o aumento. Pero lo que aprecia es que ese fenómeno cambiario no puede adquirir necesariamente la calificación ni de extraordinario ni de imprevisible o de imprevisto, sino, por el contrario, de ordinario y previsible.

Cuando los contratantes acuden a fijar la prestación dineraria en moneda extranjera, particularmente en dólares, parten del supuesto que bien pueda ocurrir una devaluación o una revaluación, de modo que el riesgo es, en cierta medida, asumido por las partes con impacto positivo o negativo de acuerdo con el beneficio o la afectación que produzca en cada una de las partes. Y eso lo obliga a correr un riesgo, siempre y cuando sea normal, entendiendo por esta expresión lo que resulta de una alteración que no adquiera la connotación de grave o de magnitud. Pactar en dólares, pues, en países como el nuestro, en principio tiene un contenido de previsión: la devaluación, por encima de la revaluación. De esa manera las partes han de tener criterios de medición de conformidad con el desenvolvimiento y comportamiento histórico de la moneda extranjera que se convenga como prestación.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Constitucionalidad del 23 de febrero de 1983:

"Nuestro sistema capitalista de estirpe institucional democrática, asentado en el caso colombiano sobre inveterados pilares de penuria y de subdesarrollo económico, está diseñado con la suficiente consistencia y flexibilidad para resistir como inherentes a su contextura y estructura los fenómenos cílicos y coyunturales normales de la inflación, de la devaluación monetaria, de déficit fiscal constante, de la emisión monetaria recurrente, de la crisis de los precios internacionales de los productos de exportación, del desempleo".

Con todo, es posible que en determinada circunstancia, y no por vía de la generalización, la devaluación puede producir un impacto inmediato y directo en la economía de un contrato estatal, como por ejemplo, en un corto lapso de tiempo se incrementa la prestación a cargo del contratista de manera significativa que hace más onerosa la remuneración y que, por tanto, legitima la revisión o el ajuste de la relación obligatoria. Entonces, le corresponderá al juzgador calificar las particulares circunstancias de incidencia o no de los fenómenos inflacionarios en la economía de un contrato.

## **7. Los intereses y la corrección monetaria.**

Como se sabe, en la contratación estatal el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, se le impone el deber a las entidades estatales de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones económicas y financieras existentes al momento de la propuesta y de contratación directa, según el caso, con la previsión de utilizar los mecanismos de ajustes y revisión de precios mediante el procedimiento de revisión y corrección de tales mecanismos.

Precisamente, entre los mecanismos que el artículo citado señala está el pacto de intereses moratorios. Es decir, se deja a las partes la estipulación de los rendimientos de un capital que queda sujeta, como es obvio, a las limitaciones que la ley consagra sobre el particular. Y va más allá: en caso que no se pacten los intereses de mora estos se reconocerán a la tasa equivalente al doble del interés legal, o sea, el 12% anual, sobre el valor histórico actualizado.

Como aparece en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993:

“(...) En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratista. Ahora bien, ante la ausencia de dicha estipulación, se dispone que la tasa de interés moratorio será la del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equitativa en la medida en que, de una parte, se preserva el poder adquisitivo de las sumas adeudadas al contratista a través de los mecanismos de indexación o de ajuste a valor presente y de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional al que corresponde al costo de oportunidad propiamente tal, con lo cual se reconoce el carácter sancionatorio de los intereses de mora...”.

Cabe anotar que esta fórmula se encuentra dentro de los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha reconocido en varios casos la actualización del valor histórico de las respectivas sumas y al pago de un interés equivalente al 6% (rendimiento puro) sobre dicho valor histórico, pero se aparta de dicha posición jurisprudencial en cuanto que, de una parte, se establece que los intereses deben liquidarse sobre el valor monetariamente actualizado en cuanto que resulta más equitativo frente a la realidad económica y, de otra, se fija como tasa moratoria supletiva el doble del interés legal o ‘rendimiento puro’ (12%) para imprimirlle así el carácter sancionatorio propio de los intereses de mora pero sin llegar, como se anotó, al extremo de imponer una carga excesivamente onerosa para las entidades que se traduciría en un enriquecimiento para los contratistas.

Conviene agregar sobre este aspecto que el reconocimiento de intereses moratorios en la forma indicada no resulta en modo alguno incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tienen plena operancia, lo cual confirma el sentido equitativo de la fórmula adoptada, pues como se sostuvo en un reciente e importante laudo arbitral. Este reconocimiento por concepto de costo de oportunidad, no podrá ser superior al valor del interés legal establecido por el Código Civil... porque habiéndose efectuado la corrección monetaria... reconocer cualquier otra forma de intereses, sean ellos bancarios o corrientes, sería actualizar doblemente el valor del dinero, pues, tales tasas de interés involucran tanto el concepto de actualización como el de rendimiento puro...”.

La convocante pretende que se le reconozca, sobre las cantidades actualizadas que se ordenen restituir o rembolsar intereses moratorios en los términos del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 ya citado, para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, intereses moratorios, aunque en la respectiva pretensión (segunda) de manera expresa no se eleva la solicitud en tal sentido, pero que, al pedir que se disponga el pago a favor de la demandante y a cargo de la demandada, “de las cantidades de dinero que por dicho concepto se hayan acreditado en el proceso”, hace pensar que mediante la prueba pericial procura incorporar esta petición.

Pues bien, considera el tribunal que se debe analizar el punto de la procedencia o improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios, en atención a que de la suma de dinero que se aspira por concepto de mora no se deriva de ninguna prestación incumplida con carácter de exigible sino que se intenta obtener de una declaración y una condena con proyección económica de existencia.

No hay duda que los intereses moratorios se deben reconocer en aquellos eventos en que la administración adeuda una determinada suma de dinero sea a título de precio, de subvención o de liquidación, esto es por incumplimiento, pues la desatención prestacional a cargo de la entidad estatal impacta en la ecuación económica del contrato que se tiene que restablecer con el reconocimiento de intereses de mora.

Empero, no se puede generalizar el pago de intereses moratorios en todos los casos en que la administración deba satisfacer una suma de dinero ya que solo cuando se está en presencia del atraso o incumplimiento de una obligación dentro de un plazo o después del requerimiento, cuando no existe un plazo determinado, se puede hablar de constitución en mora, antes no.

La condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto la sanción al deudor que ha incumplido su obligación. Por eso, cuando la administración es condenada al pago de una suma de dinero y no satisface la prestación en los

términos de ley, deberá pagar los intereses de mora del capital resultante de la sentencia condenatoria. Pero si la obligación no existe previamente ni es exigible, sino que se reconoce en la sentencia, no se podrá imponer el pago de intereses de retardo en cuanto la mora contractual no se presenta aún. Si llegare a prosperar la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico mediante sentencia que la acoja, la suma de condena sí deberá cubrirse con intereses de mora a partir del momento en que el juzgador así determine, y no puede ser antes de la ejecutoria de la sentencia. Y esos intereses no quedan sujetos a la tarifa del artículo 4-8 de la Ley 80 sino a las reglas generales de la mora en los intereses y al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Vale la pena anotar, en todo caso, que el reconocimiento de intereses no se opone a la figura del restablecimiento del equilibrio económico. Por el contrario, en aquellos eventos en los que el rompimiento del equilibrio se debe a hechos atribuibles a una de las partes (desde el incumplimiento hasta el hecho del principio o las denominadas sujeciones imprevistas), el restablecimiento debe ser integral, esto es, debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante.

De otra parte, el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 también le impone a la administración que los dineros a pagarse deben ser actualizados cuando dispone que los intereses se reconocerán sobre “el valor histórico”. Pero no son conceptos que van vinculados en el sentido que lo uno procede cuando se reconoce lo otro. En absoluto, pues tienen causas diferentes. La corrección monetaria guarda relación con la depreciación o desvalorización de la moneda en el sentido de que se debe procurar que el capital que se determina debe mantenerse indemne de modo que se compense en equidad ante la presencia de fenómenos inflacionarios. Entonces, si al acreedor se le ha de pagar una suma de dinero debe hacerse por el valor presente si la pérdida del valor de la moneda incide en su patrimonio. Mientras que los intereses obedecen al rendimiento de un capital que se afecta si este no se atiende oportunamente, y a manera de reparación del perjuicio que sufre el acreedor. En otras palabras: la corrección monetaria descansa básicamente sobre el concepto de daño emergente y los intereses giran en torno del lucro cesante.

Las altas corporaciones judiciales se han ocupado del tema de la indexación, y tanto la justicia arbitral, casi de manera uniforme, para concluir que esta figura encuentra respaldo en que el deudor está obligado a pagar es la prestación de lo que debe o que el pago de la deuda comprende las indemnizaciones o que se inspira en el principio de equidad. La Corte Suprema de Justicia desde 1979, ha mantenido vigente la aplicación de la indexación en las sentencias judiciales que condenan al pago de una determinada suma de dinero.

En sentencia de 24 de marzo de 1983 señaló la Corte Suprema de Justicia: “La inflación y depreciación de la moneda, por su reiteración y cronicidad, entró, según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos público y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado se encuentra relevado de su demostración, máxime cuando el mismo Estado lo viene aceptando con la expedición de normas de reconocimiento implícito de tales fenómenos, como ocurre con los ajustes salariales al sector público y privado que se hacen cada año, con las pensiones, con las obligaciones tributarias, con la reglamentación y funcionamiento de las unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), etc.”<sup>(16)</sup>.

Luego, en sentencia de casación civil de 19 de marzo de 1986, sostuvo la misma corporación: “Muchos son los esfuerzos que se han hecho y quizás se sigan haciendo, a nivel doctrinario y legislativo, para alcanzar, en el plano de las soluciones jurídicas, frente a esos agentes económicos negativos, un tratamiento acorde con la realidad social … en la búsqueda de la realización del derecho a falta de textos que definan o precisen los alcances de la desvalorización de la moneda … la equidad y la igualdad de la justicia, en cuanto la aplicación de esos principios universales, que no deben ser desconocidos, que permiten admitir que la equivalencia de la prestación se localice, en el valor real y no en el estrictamente nominal. La restitución —como sustituto de la prestación— repara la igualdad de la justicia en la medida que sea equivalente. El orden jurídico se restablece y el imperio de la equidad extiende todo su poderío”<sup>(17)</sup>.

Por último, vale la pena traer a colación la sentencia del 10 de agosto de 1988, en la que se indicó: “La Corte, en todos los eventos que ha hecho próspera la corrección monetaria, ha partido del criterio de que la desvalorización de la moneda nacional de Colombia, desde hace varios años, constituye un hecho notorio y público, que como tal exime de cualquier prueba sobre el particular. La afirmación, pues, cae en el campo de los hechos, en sí mismo

considerados, que se exteriorizan abiertamente, sin necesidad de entrar a buscar su demostración, bajo el entendido que la simple pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano encierra un daño de fácil y ostensible advertencia por el juzgador”<sup>(18)</sup>.

Con todo, el tribunal no comparte la posición de la convocante que, con apoyo en el laudo Casa Editorial El Tiempo v. Comisión Nacional de Televisión, pretende que los intereses se reconozcan por la pérdida del rendimiento financiero de los mencionados recursos, precisamente porque el concepto que se tiene para condenar a intereses descansa sobre el lucro cesante que, en situaciones como la que se examina en este proceso, no procede sea cual fuere el origen del mismo.

## D. Pronunciamiento sobre las pretensiones

### 1. Las pretensiones primera y segunda.

Varias veces se ha hecho referencia precedentemente a las pretensiones segunda y tercera de la demanda, estrechamente vinculadas, por ser la segunda consecuencia de la primera, que persiguen se declare que durante los años 2001 y 2002, se presentó un desequilibrio o ruptura en la ecuación económica del contrato de concesión, distinguido con el número 136 de 22 de diciembre de 1997, celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión, como concedente, y Caracol, como concesionaria, por haberse presentado hechos o circunstancias imprevistos o imprevisibles para esta última y ajenas a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en ese período en condiciones más difíciles para la convocante (primera pretensión). Y como consecuencia de lo anterior, para que se restablezca el equilibrio económico del contrato se debe disponer el pago, a cargo de la comisión y a favor de Caracol, de las cantidades de dinero que por dicho concepto se acrediten dentro del proceso o se ordene, en subsidio se ordene el reajuste que se determine en el laudo (segunda pretensión).

Ya el tribunal tuvo ocasión de precisar varios aspectos que tienen que ver con estas pretensiones. Se hizo una extensa presentación de las perspectivas del desequilibrio económico en los contratos estatales, reconociendo su procedencia a la luz de la Ley 80 de 1993, en especial los artículos 4º, 5º, 9º y 27, con énfasis en la imprevisión y en la alteración de la ecuación económica del contrato como factores determinantes del restablecimiento, en consideración a que la pretensión primera gira en torno a circunstancias sobrevinientes al contrato que no pudo prever la concesionaria Caracol y que, en su sentir, modificaron la relación económica del mismo.

También se ocupó el tribunal de identificar el contrato de concesión 136 dentro del elenco de contratos de ejecución sucesiva y oneroso comunitativo. Precisamente, esta última caracterización ha sido cuestionada tanto por la entidad convocada como por la agente del Ministerio Público en cuanto han considerado que la concesión es aleatoria. Y como es obvio, de aceptarse esta categorización de un tajo eliminaría la posibilidad de la imprevisión por ser un elemento necesario la índole comunitativa del contrato y, de contera, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico. Por eso, el tribunal vuelve sobre las consideraciones jurídicas anteriores para reiterar que el contrato de concesión, bajo examen, es oneroso comunitativo.

Para mostrar y concretar el desequilibrio económico en el contrato de concesión, la parte convocante en el resumen de sus alegaciones hace esta presentación textual:

“En el dictamen pericial rendido dentro del proceso, se logró establecer y demostrar cómo IIF determinó el posible valor de la licencia, y cómo la CNTV, de entre las varias y distintas posibilidades y variables presentadas por IIF, fijó el precio del mismo.

No queda duda alguna, que para fijar el valor de la licencia, tanto IIF como la CNTV tuvieron en cuenta que ese valor sería por los diez años de operación y explotación del canal de operación privada. Es decir, las proyecciones que hizo el estudio de IIF, como la intención de la CNTV era que el valor cobrado por la licencia, se estableciera de forma que los concesionarios recuperaran su inversión con una rentabilidad en los diez años de concesión. El estudio de IIF propuso varias alternativas para el pago, que iban desde un solo pago por el valor de la licencia, hasta pagos parciales durante la vigencia del contrato.

(...).

Ahora bien, las cifras utilizadas por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF) referentes al producto interno bruto (PIB) y por consiguiente, a la inversión neta en publicidad para televisión (INPT), que fueron previstas en el estudio y tenidas en cuenta para fijar el precio de la licencia, no se están traduciendo en la realidad, pues si se comparan las cifras utilizadas por Inversiones e Ingeniería Financiera (IIF) con la realidad de dichas cifras (PIB y INPT reales), hay una diferencia diametral. Tan solo el efecto de la reducción de la inversión neta en publicidad en televisión (INPT) de los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002 disminuyeron del valor de la licencia en más de un 60%; esto significa que la realidad del mercado en general, y de la publicidad en especial, ha provocado una pérdida del valor de la licencia de concesión debido a la reducción de los ingresos reales —y potenciales— de los canales de operación privada.

(...).

Si la tendencia de la INPT se proyecta por los diez años del contrato, la diferencia llega a ser negativa, como lo demuestra el perito en el punto 12 de la página 27, al responder una de las aclaraciones solicitadas por la CNTV.

(...).

Adicionalmente, las circunstancias sobrevinientes y extraordinarias son imprevista y fueron imprevisibles por la demandante al momento de contratar.

“En efecto, tanto el estudio de IIF, como la CNTV y como la demandante, todos, tuvieron en cuenta el comportamiento del país al momento de hacer sus cálculos.

El comportamiento del país y las proyecciones que en ese momento se daban sobre crecimiento, para nada hacía pensar, prever o proyectar, que una crisis como la que se generó desde 1998 hasta nuestros días, se produjera.

Los testimonios que se rindieron en el proceso anterior entre las mismas partes son prueba de ello...

La crisis económica ha sido fuerte y generalizada en el (sic) todo el país. La televisión tampoco ha escapado de esta crisis. Tan es así, que la misma CNTV ha reconocido no solo la crisis, sino los efectos que ha producido en el sector de la televisión.

(...).

Ahora bien, el contrato demandado, se ha vuelto de excesivamente oneroso cumplimiento para la demandante. Esta onerosidad excesiva, que no es otra cosa que el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, se origina en circunstancias sobrevinientes y excepcionales cuales son la crisis económica colombiana, la caída de producto interno bruto (PIB), y la disminución notable de la inversión neta de publicidad en televisión (INPT).

Todos estos índices han reflejado un valor muy por debajo del estimado y proyectado por la misma administración.

La situación en cuanto al crecimiento de la INPT, es tan crítica, que ninguna de las proyecciones realizadas en los estudios de valoración de la licencia, ni siquiera las más pesimistas, se acercaron al comportamiento real que se ha presentado en los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002.

Dicho margen o desfase, entre lo proyectado y las realidad, solo puede explicarse en un error de cálculo de la administración (que no es previsible por el contratista) o en un acontecimiento económico ajena a las partes que redujo drásticamente los índices y cifras normales y proyectadas por la CNTV y los estudios que esta ordenó, con el fin de valorar la licencia para un término de diez años.

La crisis económica colombiana, además de ser un hecho notorio, se encuentra probado dentro del proceso, al igual que las proyecciones del PIB y de la INPT utilizadas por IIF, así como el PIB y la INPT que en la realidad se dieron.

Del dictamen pericial se deduce el desequilibrio presentado, como aparece en las siguientes respuestas:

“La primera evidencia del desequilibrio económico es el resultado que muestra el modelo de valoración de IIF, al

incluirle la INPT real de los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002 (y dejando para los años futuros los mismos que había proyectado IIF). Esta actualización indica que el valor que se ha debido pagar de la licencia, solo teniendo en cuenta lo sucedido en estos años, es de \$ 39.352 millones (ver dictamen pregunta 21.1, página 16).

Lo anterior, es igualmente aplicable para las diferencias sobre el PIB proyectadas por IIF y acogidas por la CNTV, comparándolas con las reales. Ellos es así, porque el PIB (página 3, pregunta 3 del dictamen) determina la INPT (página 1, pregunta 1 del dictamen), y esta a su vez, determina las ventas del canal de operación privada. Sobre este aspecto de la INPT el laudo CEET v. ENTV expone: ‘Ese crecimiento constante (del PIB y de la INPT) que previeron los estudio (sic) resultó a la poste muy alejado de la realidad, **la cual mostró una marcada reducción de la INPT, factor esencial sobre la cual se había construido la tarifa**’ (la subraya no es del texto).

‘Por otro lado, si se comparan las ventas realmente obtenidas con las que el modelo de valoración de IIF suponía para que se diera el valor de \$ 102.656 dentro de un equilibrio económico, se evidencia una diferencia de \$ 212.252 millones acumulada a corte de diciembre 31 del año 2002. Esto lo expresa el perito en la respuesta a la pregunta 20 (página 16) del dictamen pericial.

Analizando las expectativas que tenía el canal, las cuales están consignadas en el estudio de factibilidad, se evidencia una vez mas que el equilibrio que este aspiraba obtener no se está dando. Es así como el perito, en el punto 3, página 11, de las aclaraciones al dictamen demuestra que en el período 1997 – 2002 el canal había invertido \$ 179.970 millones más de los que había estimado en su estudio de factibilidad.

En el laudo anterior está plenamente reconocida la crisis económica del país hasta el año 2000, de la cual predica: ‘ser esta situación de público y notorio conocimiento’ como lo expresa en la parte final del acápite ‘La Crisis Económica’.

Si en el laudo anterior se reconoció la crisis hasta el año 2000, en el laudo de CEET v. CNTV dicha crisis se la reconoce hasta el 31 de diciembre de 2002, cuando tiene por acreditado el desequilibrio de dicho contrato, ‘Por consiguiente el tribunal considera que solo puede restablecer el equilibrio respecto de las prestaciones correspondientes a aquellos períodos que ha han transcurrido y respecto de los cuales se encuentra que se produjo la ruptura del equilibrio del contrato’. ‘Ahora bien, como quiera que en el dictamen pericial financiero se señala la caída de la inversión neta publicitaria para los años 1999, 2000, 2001 y 2002, considera el tribunal que este es el período para el cual se tomará en cuenta la reducción del valor de la concesión, **esto es, hasta el 31 de diciembre de 2002...**’.

“Conclusión: sí se ha presentado el desequilibrio por causas ajenas a la demandante”<sup>(19)</sup>.

Entonces, el restablecimiento que pide la parte convocante se encamina a que se le reconozca y restituya el pago en exceso frente a lo previsto o convenido en el contrato, con fundamento a que la convocada fijó un valor de la concesión con base en los estudios realizados por distintas entidades técnicas o especializadas que finalmente resultaron en mayor valor para los años de 2001 y 2002 por cuanto los factores que fueron tenidos en cuenta no se cumplieron, pues el decrecimiento del PIB y de la inversión neta en publicidad para esos años fue manifiesto con alteración de los rendimientos o beneficios esperados. Es decir, que no se dio la equivalencia prestacional en los años 2001 y 2002, entre el pago realizado por la sociedad concesionaria por concepto de la comisión y el beneficio estimado por la ejecución del contrato, agravada por la crisis de la economía en Colombia, en general y del mercado de publicidad, en particular.

Sin lugar a dudas, la relación entre el valor de la concesión asignado por la comisión y el precio o remuneración convenido y pagado por la concesionaria se convierte en un aspecto destacado para encontrar o precisar la ruptura del equilibrio económico del contrato que se ofrece en ente proceso teniéndose de presente que el valor de la concesión si bien es cierto fue el resultado de una decisión de la comisión, en la reunión de 16 de junio de 1997, también lo es que obedeció al cumplimiento del marco que la misma ley le impuso para esos efectos, como los estudios elaborados por distintas entidades consultadas. Sin embargo, adviértase que esto último no constituye per se motivo suficiente para evitar la calificación de cualquier alteración de la economía del contrato que de ocurrir debe declararse, en consonancia con las disposiciones de la Ley 80 de 1993. O de igual manera: si el contratista en desarrollo y ejecución de la concesión percibe ingresos que superan esos márgenes legales o convencionales de

beneficio pueda la concedente también invocar el restablecimiento de la economía del contrato, sino la significativa alteración de la equivalencia contractual.

En ese orden de ideas, si el contratista comienza la ejecución del contrato con una notoria diferencia en el precio o comisión de la concesión y luego, en vez de alcanzar un rendimiento financiero en la explotación o operación de la concesión que le permita equilibrar la simetría negocial, lo que obtiene por esos factores presupuestados es una disminución gravosa de la economía del contrato, no puede quedar duda que bien se está ante circunstancias imprevistas o imprevisibles y que, según el grado de afectación, permite que se restablezca el equilibrio que haya podido quebrarse o afectarse.

En el primer proceso arbitral entre las mismas partes Caracol y la comisión Nacional de Televisión, que terminó con reconocimiento del desequilibrio económico del contrato de concesión 136 en los años de 1999 y 2000, el tribunal tuvo ocasión de hacer estas precisiones:

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

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

(...).

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

(...).

Así las cosas, para el lapso de dos años (1999 – 2000), al que se contrae el desequilibrio económico del contrato, según arriba se explica, es de \$ 6572,21 millones de pesos colombianos, que corresponde a la suma de 3286,11 millones por año y así se reconocerá en este laudo”<sup>(20)</sup>.

Pues bien, como se expuso en aquel proceso arbitral, con apoyo en prueba pericial, se fijó por concepto del valor de la concesión la suma de 69.795 millones de pesos y no la suma de 102.650 millones de pesos determinada por la comisión en el acta de 16 de junio de 1997.

Dentro de este proceso, a petición de la parte convocante, se hicieron varios ejercicios en distintos escenarios para volver a determinar el valor de la concesión, arrojando según el dictamen pericial, la suma de 39.352 millones de pesos (página 16). Todos aquellos escenarios, consistentes con el esquema del laudo del 26 de noviembre de 2001, están construidos sobre la valoración de la concesión en la cantidad de 39.352 millones de pesos.

Encuentra el tribunal, sin embargo, que el planteamiento anterior no refleja, en forma adecuada, la realidad de la ejecución contractual. En efecto, la referida cantidad de 39.352 millones de pesos no tiene en consideración todos los elementos o variables que esta estimación demanda. Por ende, el tribunal, a efectos de determinar el monto del desequilibrio, tomará en consideración los datos relevantes de la ejecución contractual y los incluirá en

el modelo de IIF.

Así, al aplicar el modelo de valoración de IIF en procura de determinar el valor de la concesión para los años 1997 a 2002, incluyendo los valores reales de la INPT en ese mismo período, se debe tener en cuenta, también, la variable de penetración que no se tuvo en cuenta en el dictamen cuando el perito dio respuesta a la pregunta 21.1 —como que no se le solicitó—, pero que, de conformidad con la respuesta a una de las solicitudes de aclaración, puede producir un resultado distinto, favorable o desfavorable. Señaló el experto: “Queda así por analizar, el lado de los ingresos que solo tienen, como ya se dijo, dos variables: la penetración y la INPT. El modificar únicamente una de las dos, en este caso la INPT, sin afectar la penetración, produce un resultado por debajo del verdadero, en la medida que la penetración real sea superior a la establecida”<sup>(21)</sup>.

Así lo reclamó también, acertadamente, el señor apoderado de la comisión (página 14 del resumen de sus alegaciones).

Ahora, aquellos datos reales de penetración, para cada uno de los dos períodos anuales de ejecución contractual aquí analizados, alcanzaron unos niveles de 46,28 y 48,38%, en el caso de Caracol, y de 36,42 y 37,84%, en el de RCN (página 24 del dictamen). Resultan de allí entonces unos promedios de 41,35% para el 2001 y de 43,11% para el 2002, y un promedio final para el período analizado de 42,23%.

Finalmente, como el desequilibrio fue consecuencia de circunstancias imprevistas, no imputables a ninguna de las partes, el restablecimiento habrá de hacerse a punto de no pérdida (L. 80/93, art. 5º, num. 1º). En consecuencia, no habrá de seguirse la metodología de ajuste monetario planteada en el dictamen (prevista en el numeral 8º del artículo 4º la Ley 80 en el artículo 1º de su Decreto Reglamentario 679 de 1994), sino que se tomarán simplemente como índice inicial el de precios al consumidor que regía para mediados del mes de junio de 1997, y como índice final el del mes de octubre de 2004. Por las mismas razones, no habrá reconocimiento alguno de intereses, en tanto estos se catalogan como lucro cesante.

Al incorporar entonces los valores reales de la INPT en el período 1999-2002 al modelo de valoración, se encuentran los siguientes valores presentes netos residuales para penetraciones de 25%, 30%, 35% y 40%, que corresponden a los códigos 12, 22, 32 y 42:

Penetración mercado		Valor presente neto residual (\$ 000,000)
Código alternativa	%	
12	25,00%	12.026
22	30,00%	39.352
32	35,00%	53.793
42	40,00%	68.919

Ahora, mediante un proceso simple y válido de extrapolación lineal, se obtiene el valor presente neto residual para una penetración del 42,23%, en 79.547 millones de pesos.

Siguiendo el procedimiento contemplado en las respuestas 21.1, 21.2 y 21.3 del dictamen pericial (páginas 16 y 17), se obtienen los siguientes resultados:

Valor licencia (16 de junio de 1997): \$102.656.050.000

Valor Presente Neto Residual: \$ 79.547.352.000

Diferencia: \$ 23.108.698.000

Dividiendo por 10 la diferencia obtenida, el valor resultante es de \$ 2.310.869.800 por cada año y de \$ 4.621.739.600 para los dos años (2001 y 2002).

La actualización de este último valor a 31 de octubre de 2004, con base en el IPC calculado por el DANE para junio 16 y octubre 31 es la siguiente:

IPC octubre 31/2004: 152,82

IPC junio 15/97: 80,56([22](#))

Valor actualizado a 31 de octubre de 2004: \$8.767.306.922,44.

## **2. La pretensión tercera.**

Al reformar la demanda, Caracol introdujo una nueva pretensión que gira alrededor de intereses que pagó a la comisión del precio de la comisión de la concesión y que no se reconocieron en el laudo anterior de 26 de noviembre de 2001, aclarado el 21 de enero de 2002, cuando se restableció el equilibrio económico del contrato por los años 1999 y 2000.

Aduce la convocante en el hecho 6.2 de la demanda: “En el laudo de fecha veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2001), proferido por el tribunal de arbitramento iniciado por Caracol Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión, se determinó el valor de la concesión en la suma de \$69.795'000.000.

“Por consiguiente, dichos intereses deben liquidarse sobre la suma de \$69.795'000.000 reconocida como valor de la concesión en el laudo de fecha veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2001), y por lo tanto el monto de los intereses debe ser reliquidado y restituirse a la demandante la suma pagada de más, junto con su actualización e intereses”.

Y en el escrito de alegación final, el apoderado de la convocante se refiere a esta pretensión en los siguientes términos: “... En la pretensión 3<sup>a</sup> de la demanda se solicita restituir a la demandante parte de los intereses que esta le pagó a la CNTV en cumplimiento de los términos de la cláusula 8<sup>a</sup> del contrato 136 de 26 de diciembre de 1997 entre Caracol y CNTV.

“Esta suma está determinada por la diferencia entre el valor pagado por la concesión y el determinado en el laudo de 26 de noviembre de 2001 junto con su actualización, intereses y demás accesorios.

Esta pretensión se desarrolla en el punto 6.2 de los hechos de la demanda (páginas 47 y 48).

De conformidad con el dictamen pericial, en las respuestas a las preguntas 27, 28, 29, 30 y 31 de la parte demandante (páginas 27 a 31 del dictamen) su cuantía asciende a \$18.395 millones (página 31 del dictamen) que deben actualizarse a la fecha del laudo, con la metodología que se indica en el mismo dictamen...”.

Tuvo ocasión el tribunal de referirse a aquellos eventos que surgen cuando se demanda el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato estatal y se pretende al mismo tiempo que en la cantidad de dinero que se llegue a reconocer por ese concepto se incluyan los intereses de que trata el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993. Y concluyó el tribunal que no era del caso reconocer siempre intereses de la cantidad que se condene para restablecer la ecuación económica del contrato sino a partir de la ejecutoria del laudo.

Pues bien, lo que persigue la convocante con la pretensión tercera es la reliquidación de los intereses de un capital, teniendo en cuenta que estos se liquidaron a partir del valor de la concesión, esto es, \$ 117.973'850.000, y se pagaron íntegramente entre 1997 y 1999. Toda vez que en el laudo de 26 de noviembre de 2001 se dispuso que el valor de la concesión ha debido ser \$ 69.795'000.000, pues es sobre esta última cantidad que se ha debido realizar la liquidación de los intereses. Reclama entonces Caracol la devolución de \$ 18.395.000.000, cantidad que, luego de ser actualizada, llega a \$ 26.079.428.241.

El tribunal considera que esta pretensión no se abre paso, por cuanto la restitución de intereses que se persigue, por vía de la reliquidación, comprende o abarca el período en que se solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 136, y que en el laudo de 26 de noviembre de 2001 se ordenó de acuerdo con los hechos y pruebas allí aportados. Y no es del caso volver e replantearse ahora.

En el proceso arbitral anterior en la pretensión tercera que finalmente prosperó, Caracol invocó: "(I) Declarar que por cuanto durante la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) de fecha veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) se han presentado hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles para la demandante y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para el demandante, se ha presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económica financiera del contrato, la cual debe ser restablecida.

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

No es dable pues acudir al hecho de que en el laudo anterior se hubiere ordenado el restablecimiento del equilibrio económico de un determinado período de un contrato de ejecución sucesiva, para luego, en cualquier momento, como en este caso, pedir que se ordene el restablecimiento de factores económicos que debieron ser considerados para la época revisada. Por eso, la circunstancia de que el contrato de concesión es de trato sucesivo no significa que los asuntos que se cuestionen en una determinada oportunidad para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, y se decidan por el operador judicial, puedan ser discutidos y fallados posteriormente, bajo la consideración de una decisión anterior.

Al someterse a la composición jurisdiccional el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión hasta el año 2000, necesariamente debieron aducirse los eventos de ruptura para que la decisión cobijara todas las circunstancias que entraron en juego en el desequilibrio en ese período de tiempo, como sería el pago de intereses realizados entre 1997 y 1999, y no excluirse para reclamarse con posterioridad.

Es cierto que en el dictamen pericial se hace la comparación entre los intereses sobre el capital inicial de \$ 117.973'850.000 y la suma de dinero que, según el laudo de 26 de noviembre de 2001, se ajustó como precio de la concesión en \$ 69.795'000.000, y con base en ello fija la diferencia entre el 26 de diciembre de 1997 y 26 de diciembre de 1999, por un total de \$18.395'210.150 que actualizado llega a un total de \$ 26.079.428.241. Pero también lo es que la operación se hace con fundamento en el valor de la concesión determinada para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión 136, que se acoge en el laudo de 26 de noviembre de 2001, dentro del proceso que se debatió como pretensión lo que la parte convocante propuso para el reconocimiento de dicho restablecimiento.

Es decir, no por el hecho de que en la prueba pericial se haya determinado el monto de los intereses, con base en el precio revisado en el laudo, debe dicho monto ser aceptado como elemento de reliquidación. La prueba se produjo en consideración a la petición de la convocante en tal sentido, empero al restablecerse el equilibrio económico del contrato, hasta el año 2000, necesariamente quedó dilucidado todo lo que concernía con esa materia hasta esa época.

Entonces, se reitera, no puede el tribunal adoptar de plano aquellos valores, aunque se traigan por vía del dictamen practicado en este proceso, para imponer la reliquidación de unos intereses que no se pidieron en concreto en aquella oportunidad como materia de restablecimiento del equilibrio económico, por comprender el período revisado y por consiguiente juzgado hasta el año 2000.

Precisamente, la señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa, en su concepto final, se refiere a la pretensión tercera de la demanda de Caracol en los siguientes términos:

"4. El tribunal de arbitramento en mención, profirió laudo arbitral el 26 de noviembre de 2001, adicionado el 21 de enero de 2002, declarando el rompimiento de la ecuación económica del contrato por hechos y circunstancias imprevistas e imprevisibles ocurridos en los años, 1999 y 2000, en el cual, para valorar el perjuicio, se realizó un análisis integral de lo pagado por la convocada por la concesión, frente a los ingresos esperados y a los ingresos reales durante el mismo período, concluyendo que el valor de la concesión debió ser de \$ 69.795 millones. Así procedió a restablecer el equilibrio económico del contrato ordenando la devolución del excedente de la parte proporcional correspondiente a los años 1999-2000.

5. Como el pago de intereses sobre saldo del precio de la concesión corresponde a períodos ya examinados por un tribunal de arbitramento que estudió de manera integral el comportamiento de la ecuación económica en dichos períodos, y decidió de manera definitiva sobre el monto del desequilibrio para los años 1999-2000, resulta imperioso concluir que la cláusula compromisoria pactada entre las partes, en lo que guarda relación con el rompimiento del equilibrio económico del contrato durante los años 1999 y 2000 quedó agotada...”<sup>(23)</sup>.

## E. La objeción por error grave

Como quedó reseñado en los antecedentes de este laudo, el dictamen pericial financiero fue objetado por error grave por la señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa.

Para el mejor sentido de la socialización de la prueba pericial, la contradicción se convierte en un elemento destacado en cuanto permite la participación de terceros que, como perito o experto, exteriorizan sus conocimientos sobre hechos que se les someten a su apreciación y que las partes pueden, con sujeción a determinadas reglas, convenir o controvertir. Por eso, el juez, que no es experto, requiere del apoyo de personas conocedoras de especiales materias para poder precisar la realidad de los hechos, sus alcances y proyecciones. El perito, entonces, le suministra elementos idóneos al juez, quien los ha de apreciar o ha de servirse en la medida en que los encuentre ajustados a la realidad de los hechos dentro del proceso.

Cuando se acude a la prueba pericial, se parte de la noción de que el perito es persona idónea y capaz de rendir concepto sobre la materia de la experticia, de suerte que se pueda entender que el dictamen está acorde con esos elementos de apreciación.

Por cierto, el Código de Procedimiento Civil abre espacio a la objeción por error grave de un dictamen pericial para procurar, como es obvio, la verificación de los hechos apreciados por los peritos y que, según afirme el objetante, no corresponden a la realidad; pero este el reparo no puede servir para enjuiciar las apreciaciones o consideraciones que se hagan en la experticia que esté construida o elaborada sobre la base del examen realizado de los hechos por los peritos.

Son los sustentos equivocados de los peritos, con características de gravedad, los que sirven para evidenciar la existencia de un error grave pues ha de entenderse que se alteran las calidades del objeto, de sus atributos o de los hechos mismos, o de los valores apreciados y que permiten concluir que es tal el desacuerdo que los conceptos y apreciaciones resultan igualmente erróneos. Por eso, las conclusiones y consideraciones a que llega un perito sobre el objeto de la pericia no pueden atacarse por error grave si el examen hecho está apoyado en una correcta apreciación de los hechos o de los elementos que se les someten a su examen. No es por tanto la simple disconformidad o enfrentamiento de pareceres lo que constituye motivo de objeción, pues necesariamente esto cae en el campo de lo intelectivo, que no puede ser materia de reparo para hacerle perder certeza al dictamen.

Por supuesto, una cosa es que no haya error grave en un dictamen, y otra que este adquiera la fuerza necesaria para llegar al convencimiento del juez de los hechos que estructuran la relación material vertida en el proceso. Como establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil: “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, y que para el medio probatorio pericial reafirma el artículo 241 ibídém: “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

Respecto del alcance la expresión “error grave” contenido en la norma, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“En qué consiste la objeción por error grave. “(...), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene: o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las

tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...”<sup>(24)</sup>.

El Consejo de Estado, en sentencia proferida el 30 de mayo de 1991, señaló sobre la misma materia:

“Este acervo probatorio solo viene a servir para que el juez, al apreciar la prueba, examine, dentro del marco de libertad jurídica que tiene, si las conclusiones del dictamen son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. Por ello ha sostenido esta corporación que la figura jurídica que se estudia solo se deja manejar, y tiene vocación de éxito, cuando se encuadra dentro de la filosofía que sobre el particular exponen los tratadistas de pruebas judiciales. Así el Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulqui,, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis)... pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?... Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse (subrayas de la Sala) (U. Nacional de Colombia 3ª Edición 1951, págs. 230 y ss.)”.

Pues bien, con el marco doctrinal y conceptual que antecede, es fácil concluir que la objeción por error grave está llamada al fracaso, como pasa a precisarse.

La objetante pone de presente su inconformidad con la orientación de la prueba pericial solicitada por la convocante “... la cual parte de la aplicación de cifras estimadas, no reales, para establecer la realidad del estado de la ecuación económica del contrato de concesión”. Y agrega:

“Las preguntas formuladas por la parte actora están orientadas en la misma dirección en que se concibió la demanda, la cual se fundamenta en un presupuesto falso, que carece de respaldo científico contenido en la siguiente frase...”.

Prosigue: “La objeción por error grave al dictamen pericial financiero contenido en las respuestas a las preguntas 1 a 30 presentadas por la parte actora obedece en primer lugar a que tal como se evacuó, contestando sistemáticamente las preguntas propuestas bajo la metodología impuesta por la demandante, el perito excluyó cualquier aporte de su conocimiento, pues se limitó a resolver las operaciones matemáticas indicadas, de manera mecánica, tanto, que lo llevaron a aplicar conceptos como el de la “elasticidad y la INPT REAL”, como se dijo anteriormente, en opinión del propio perito carecen de respaldo científico, la primera, o comportan un alto margen de error, la segunda (ver respuestas a las preguntas 4 y 5 del cuestionario adicional, y a la pregunta 3 del cuestionario de aclaración y complementación, formulados por el Ministerio Público.

“En consecuencia, esta sección del dictamen parte de un presupuesto falso que no es conducente ni pertinente para el esclarecimiento de la realidad que se pretende demostrar. Al responder el perito preguntas que no reflejan el objeto real de la litis, partiendo de supuestos estimados o imaginarios, es lógico que los resultados o conclusiones también tengan la misma naturaleza y por tanto no reflejan la realidad de la ejecución del contrato de concesión celebrado entre CNTV y Caracol”.

Para rematar:

“La objeción por error grave, entonces, debe prosperar, dado que se perdió la identidad del objeto de la prueba, toda vez que el dictamen parte de unos supuestos que carecen de respaldo científico y de confiabilidad, que están concebidos exclusivamente en el querer y apreciación de una de las partes y en la interpretación acomodada de una supuesta “realidad económica” que es talmente discutible, por basarse, por una parte, en cifras estimadas como las de la elasticidad, calculadas con una metodología que no es confiable pues carece por completo de respaldo científico, y por otra parte, en cifras “reales de inversión neta de televisión”, que no corresponden exactamente a aquellas que se invirtieron concretamente en los medios de comunicación en los años correspondiente, sino en cifras estimadas, con un alto margen de error, tal y como lo reconoce el propio perito...”.

En verdad, los reparos que la señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa le hace al dictamen financiero se apoya en consideraciones que distan mucho de evidenciar error y menos para calificarse de grave. Más bien, es una alegación sobre el alcance probatorio de dicha prueba que no es, en realidad, motivo de yerro y que solo podría estimarse, si fuere el caso como tema de análisis, al momento de apreciarse la prueba en el laudo.

El hecho de que el perito responda el cuestionario de la parte convocante, en determinada dirección demostrativa, no quiere significar que exista error en el dictamen, pues resulta pertinente que un perito recoja en su dictamen los puntos que concretamente le someten las partes a su composición como experto. Las respuestas que se suministren, en ese aspecto, no pueden calificarse de equivocadas.

Tampoco la discrepancia desde el punto de vista de apreciaciones constituye motivo para endilgarle error a la prueba pericial. Ni las consideraciones que hace la objetante sobre aspectos discutibles sirven para evidenciar error alguno, sino deferencias de apreciaciones que guardan relación con el ejercicio intelectivo realizado. Cuestionar, del mismo modo, la metodología empleada por el perito, como un argumento contra el dictamen en procura de endilgarle error grave, no se compadece con el principio que inspira esta figura procesal: los hechos deben observados por el experto tal como se presentan en la realidad, independientemente del mecanismo que se haya servido para fijar sus apreciaciones y conclusiones. Por eso, la afirmación de que la prueba perdió la identidad del objeto no deja de ser un reparo vago y sin respaldo en el proceso.

En conclusión: ni está demostrado el error en el dictamen ni se aprecia gravedad alguna. El documento aportado en pos de demostrar error grave, o sea el concepto de otro funcionario de la Procuraduría está también lejos de acreditar el yerro que la agente del Ministerio Público le señala al dictamen financiero ya que recoge un análisis en la misma línea del escrito de objeción.

## F. Costas y gastos del proceso

En la pretensión cuarta, la convocante solicita se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

Ciertamente, el rigor del Código de Procedimiento Civil, en lo que concierne con las costas, encontró en la Ley 446 de 1998, artículo 55, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, una atenuación, al consagrarse que, salvo en las acciones públicas, podrá condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, teniéndose en cuenta la conducta asumida por las partes.

Mientras que los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil disponen las reglas de aplicación sobre las costas y agencias en cuanto en los procesos y actuaciones posteriores se condenará en costas a la parte vencida, solo que si prospera la demanda parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, con la modificación que se le introdujo al Código Contencioso Administrativo permite al juez, atendidas las circunstancias que hayan rodeado al proceso, poder imponer condena en costas o eximir de ella.

Como quedó expuesto atrás, la pretensión tercera de la demanda se denegará, lo que hace que la condena se contraiga a las pretensiones primera y segunda. Pues bien, para el tribunal esta circunstancia unida al comportamiento o conducta desplegada por las partes, a la lealtad y sencillez en el proceder, constituyen motivos suficientes para dar aplicación al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado, y, por consiguiente, no condenar en costas a la parte vencida parcialmente, como se dispondrá en este laudo.

## **G. Decisión**

En mérito de las consideraciones que preceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre la sociedad Caracol Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión, con ocasión del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) que suscribieron el 22 de diciembre de 1997, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

1. Declarar que durante los años 2001 y 2002 la ejecución del contrato de concesión número ciento treinta y seis (136) que Caracol Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión suscribieron el 22 de diciembre de 1997 se vio afectada por circunstancias imprevistas, en un todo ajena a las partes, las cuales generaron un rompimiento del equilibrio económico de dicho contrato, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en la parte motiva del presente laudo.
2. Ordenar que, para restablecer el equilibrio económico del referido contrato, la Comisión Nacional de Televisión debe pagar a Caracol Televisión S.A., dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la suma de ocho mil setecientos sesenta y siete millones trescientos seis mil novecientos veintidós pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$8.767.306.922,44), la cual ha sido ya debidamente actualizada hasta esta fecha, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo.
3. Denegar la pretensión tercera de la demanda, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo.
4. Disponer que la Comisión Nacional de Televisión le de cumplimiento a la condena impuesta en este laudo en la forma y en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
5. Declarar infundada la objeción por error grave formulada por la señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa respecto del dictamen pericial rendido en este proceso por el doctor Jorge Torres Lozano, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo.
6. Sin costas para ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo.
7. Disponer que por secretaría se expidan sendas copias auténticas del presente laudo, con destino a cada una de las partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en el proceso, y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

8. Disponer que el presidente del tribunal proceda a protocolizar en una de las notarías del Círculo de Bogotá, D.C. el proceso arbitral, una vez cobre ejecutoria el presente laudo.

Notifíquese.

*Antonio José De Irisarri Restrepo, Presidente—José Alejandro Bonivento Fernández—Ramón Eduardo Madriñan De La Torre, árbitros.*

*Felipe Piquero Villegas*, secretario.

---