

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Contrato de concesión de espacios en televisión / CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Emisión de programas de televisión. Caso Telecaribe y Telemundo / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de concesión de espacios en televisión: Niega nulidad de resoluciones que suspendieron emisión de programas por cuanto no fueron expedidos con falsa motivación / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega, Contrato de concesión de espacios en televisión: Parte actora no demostró probatoriamente los hechos constitutivos de la demanda, principio actore non probante, reus absolvitur / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega, Contrato de concesión de espacios en televisión: Parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados. Acto administrativo, presunción de legalidad

En el sub lite, como ya se indicó el actor no logró acreditar un incumplimiento significativo por parte de la entidad accionada, argumento recurrente en las tres demandas acumuladas. De modo que el material probatorio no da cuenta de las afirmaciones que dieron lugar -según la demanda- a que la entidad procediera a aplicar tan drástica medida. Es necesario precisar que la presunción de legalidad de la actividad administrativa está prevista de manera clara y nítida en nuestro ordenamiento positivo en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (con arreglo al inciso segundo del artículo 4º superior y hoy reafirmado por el artículo 88 de la Ley 1437) y que comporta -en sustancia- una presunción de regularidad del acto administrativo, y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como uno de los elementos característicos de la actividad administrativa. Presunción de validez del acto administrativo que, como enseña Díez, parte de que la actividad del Estado es jurídica, (...) Se trata -por supuesto- de una presunción iuris tantum, de ahí que pueda ser desvirtuada en sede judicial, pero entretanto se dilucida la conformidad o no a derecho es preciso -en principio- que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, esto es, sea eficaz. Y si se pretende desvirtuarla, es preciso no sólo esbozar los razonamientos de orden jurídico sino acreditar la infracción en supuestos como el que se estudia, de conformidad con el artículo 177 del CPC. En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (actore non probante, reus absolvitur) y, por contera, no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados. O lo que es igual, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podía alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, para de este modo enervar la prerrogativa que tenía la entidad de declarar la caducidad de los contratos sub lite. El actor no logró, pues, desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos impugnados que declararon la caducidad del contrato por incumplimiento de sus obligaciones, de manera que la decisión del a quo será confirmada por encontrarse ajustada a derecho. Las resoluciones impugnadas cumplen con los presupuestos para decretar la caducidad de los contratos, ya que se fundamentan en la mora del contratista por más de 90 días en el pago de sus obligaciones. Y el cumplimiento de los presupuestos fácticos para su expedición descarta la alegada desviación de poder, circunstancia que en todo caso ha debido ser probada en el plenario. En definitiva, no media razón alguna para encontrar una supuesta ilegalidad en dichas resoluciones, ya que se fundan en el incumplimiento por parte del contratista de obligaciones adquiridas con Telecaribe, entre ellas, la mora en el pago de sus

tarifas, por una suma cercana a los \$ 25.000.000,00, circunstancia que no fue desvirtuada por el actor.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Emisión de programas de televisión. Caso Telecaribe y Telemundo / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de concesión de espacios en televisión: Niega nulidad de resoluciones que suspendieron emisión de programas. Suspensión de emisión por incumplimiento contractual del contratista en no pago de derechos de autor

En consonancia con estos mandatos, el contrato administrativo de cesión de los derechos de transmisión n.º 058 A-90 (cláusulas segunda numeral 1 y undécima) previó claramente que el contratista se obligaba a la cesión de los derechos de emisión que tenía o debía tener sobre los programas pautados. De modo que si, como quedó establecido, procedió sin contar con los derechos de emisión, estaba incumpliendo su obligación principal y el objeto mismo del contrato. Ahora, la decisión de suspender los programas no sólo estaba apoyada en el incumplimiento del clausulado contractual, a términos del artículo 1609 del Código Civil, sino que además se apoyó en el régimen jurídico aplicable, como ya se precisó. Por lo demás, Telemundo admitió por escrito ante Telecaribe su incumplimiento en materia de pago de los derechos de autor y adujo que esperaba ponerse al día, luego esta manifestación espontánea de su voluntad constituye prueba suficiente de su incumplimiento y por lo mismo fundamento fáctico de la decisión de suspensión ahora atacada en sede judicial. En definitiva, la Resolución 192 de 24 de agosto de 1990, expedida por la accionada, por medio de la cual se suspendió de manera temporal la transmisión de los programas previstos en el contrato 058 A/90 no está viciada de ilegalidad, o al menos no logró acreditarse en este proceso.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Emisión de programas de televisión. Caso Telecaribe y Telemundo / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de concesión de espacios en televisión: Niega nulidad de resoluciones que suspendieron emisión de programas. Suspensión de emisión por incumplimiento contractual del contratista y cobro de tarifas aún en periodo de suspensión

Si la suspensión de los programas decretada por la entidad fue legítima y si no se acreditó que el vendaval haya afectado de manera significativa la ejecución normal de los contratos sub examine, es consecuencia obligada de lo que se viene considerando que no había razón jurídica de peso para que la entidad accionada procediera a revisar las tarifas acordadas. En otros términos, si el cobro pleno de las tarifas estaba previsto en los pliegos de condiciones y si en el contrato y en la regulación correspondiente se estipuló su pago aun en casos de suspensión respecto de programas sustitutos y si, además, no se logró acreditar que la caída de la torre haya desencadenado una mala calidad, es claro que no había lugar a reclamar una renegociación tarifaria. Correspondía al actor demostrar que el evento de fuerza mayor (caída de la señal por vientos huracanados) produjo el incumplimiento del contratista para exonerarlo de responsabilidad; sin embargo, lo que revela el material probatorio es que este provino de su propio proceder y tampoco se acreditó que los programas dejaran de emitirse. En síntesis, (i) la suspensión, como ya se indicó no fue ilegal; (ii) si bien se acreditó en el plenario la caída de la torre, no quedó establecido que la señal haya presentado las deficiencias en la magnitud alegada por el accionante y (iii) la situación descrita no tenía por qué dar lugar a una refinanciación de lo adeudado, correspondía al actor demostrar su incidencia definitiva en la ejecución del contrato para que ello tuviese

lugar. El contrato debía cumplirse de acuerdo a lo pactado. Y si la caída de la torre tuvo incidencia en la ecuación financiera, era carga del actor acreditar esa situación. En consecuencia, los cargos contra la resolución 192 de 24 de agosto de 1990 no prosperan.

CANAL REGIONAL DE TELEVISION - Naturaleza jurídica. Régimen jurídico aplicable, normatividad aplicable / CANAL REGIONAL DE TELEVISION - Empresa Industrial y Comercial del Estado: Caso Telecaribe

Como aspecto inicial en el análisis del sub lite resulta fundamental adelantar el examen acerca de la naturaleza y normativa aplicable a los contratos fuente del mismo, para lo cual es menester indagar el régimen legal contractual al que estaban sometidos, dada la naturaleza jurídica de la entidad pública -Telecaribe Ltda.- que los suscribió. En efecto, como arriba se anticipó, una de las partes de los contratos 058/90 y 058A/90 es Telecaribe Ltda., asociación de derecho público del orden nacional, organizada como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada para ese entonces al Ministerio de Comunicaciones, y creada para la prestación del servicio de televisión pública en los departamentos de la Costa Atlántica con programas de carácter educativo, cultural, informativo y recreativo, en las frecuencias asignadas. Ahora bien, las empresas industriales y comerciales del Estado, categoría en la que se encuadra Telecaribe Ltda., fueron definidas por el artículo 6° del Decreto 1050 de 1968 como “organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. (...) El Decreto 3130 de 1968, norma vigente cuando se celebraron los contratos del sub lite, consagraba en su artículo 31 (...) “Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.” (...) De otra parte, el artículo 34 de la misma normativa disponía: Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.” (...) El sometimiento de estas entidades públicas a las normas del derecho privado, como lo señaló esta Sección en otras oportunidades, se fundamenta en “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”, de tal manera que “sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus

relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes". (...)Sin embargo, cabe anotar que en relación con Telecaribe, el Decreto 3641 de 1986, al regular el régimen jurídico de los actos y contratos, dispuso en su artículo 27 que los contratos que celebre la sociedad para el desarrollo de sus actividades no están sujetos a los requisitos y formalidades establecidos para los de la Nación, salvo en aquellos casos previstos en el Decreto Ley 222 de 1983. A su vez, el artículo 28 eiusdem estableció que de las controversias a los contratos administrativos y los de derecho privado en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad, conocerá la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1050 DE 1968 - ARTICULO 6 / RESOLUCION 2896 DE 1988 EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES / RESOLUCION 3888 DE 1987 EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES

NOTA DE RELATORIA: Sobre el fundamento de la aplicación del régimen de derecho privado a las entidades públicas que prestan el servicio de televisión, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de agosto 19 de 2004, exp. 12342.

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión: Definición, noción, concepto. Naturaleza, régimen jurídico aplicable, normatividad aplicable / CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión: Facultades de Telecaribe

En consonancia con este mandato, la Resolución n.º 2896 de 1988, emanada del Ministerio de Comunicaciones, por la cual se establece el régimen de contratación de la programación en los canales regionales de Televisión, prescribió que los contratos de que tratan los numerales 2º y 3º del artículo 65 de la Resolución 2683 de 1986 y 3º del artículo 2º de la Resolución 3888 de 1987 son contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión y que mediante esos contratos los Canales de Televisión estaban autorizados para emitir programas de televisión que no hayan sido producidos o adquiridos por ellos en forma directa y en su totalidad. En particular, el artículo 4º de la resolución en cita previó que mediante el contrato de cesión de derechos de emisión adquiere el Canal el derecho de emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará cedente de derechos de emisión, sin que se radique en cabeza del Canal la propiedad de los programas así contratados. (...) Igualmente, el artículo 5º eiusdem estableció que los contratistas de programación del Canal "darán estricto cumplimiento a las disposiciones legales existentes en materia de propiedad intelectual". (...) Por consiguiente, se concluye que los contratos 058/90 de cesión derechos de transmisión y 058A/90 de producción, sobre los cuales versa el litigio en examen, son de carácter administrativo, de suerte que Telecaribe (canal regional) estaba revestida de ciertos poderes exorbitantes (modificación, interpretación, terminación unilateral, caducidad, multas y suspensión) para el cabal cumplimiento de su objeto y de las finalidades generales perseguidas con el mismo. (...) La Sala insiste en que de conformidad con lo prescrito por la Resolución n.º 2896 de 1988 expedida por el entonces Ministerio de

Comunicaciones, mediante el contrato de cesión de derechos de emisión adquiere el Canal el derecho a emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado que para los efectos contractuales se denomina cedente de derechos de emisión, “sin que se radique en cabeza del Canal la propiedad de los programas así contratados”. Según la disposición en cita, “los programas cuyos derechos de emisión se ceden al Canal por medio de esta modalidad contractual podrán ser, en cuanto a su origen de producción regional, nacional o extranjera”.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 2896 DE 1988 EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES / RESOLUCION 3888 DE 1987 EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES

PROPIEDAD INTELECTUAL - Derechos de autor: Programas de televisión, contratos de cesión y transferencia de derechos de autor

En el derecho colombiano la transferencia de los derechos de autor debe realizarse siempre por contrato de cesión y transferencia que incluya los términos y condiciones en que se transfiere el derecho. Este documento debe constar en escritura pública o en documento privado debidamente reconocido ante notario público y, en ambos casos, debe ser registrado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor competente, para que sea oponible a terceros y para efectos de publicidad. Conviene no perder de vista que en relación con los derechos morales, la Corte constitucional, los ha calificado como verdaderos derechos fundamentales.

PROPIEDAD INTELECTUAL - Derechos de autor: Programas de televisión: Producciones de talento o del ingenio, propiedad literaria y artística. Titularidad, propiedad, normatividad aplicable / PROPIEDAD INTELECTUAL - Derechos de autor: Derechos económicos

La Sala pone de presente que el artículo 671 del Código Civil establece que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores y que esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales. En vigencia del anterior orden fundamental, la Carta en su artículo 35, originario de la Constitución de 1886, preveía que la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, era protegida por el tiempo de vida del autor y ochenta años más, “mediante las formalidades que prescriba la ley”. En perfecta congruencia con estos mandatos, la Ley 23 de 1982 contiene la regulación de los derechos de autor, tanto de naturaleza patrimonial como moral. Gozan, pues, de protección legal ese tipo de bienes incorpóreos de carácter singular, que comprenden –por supuesto– creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera sea su destino. Y los titulares de esos derechos (autor o derechohabientes) tienen la facultad de transferir, esto es, trasladar ceder, disponer, enajenar o negociar el aspecto patrimonial de esos derechos intelectuales (su faceta moral es perpetua, inalienable e irrenunciable). Cesión que entraña la transmisión del derecho. En efecto, los derechos de propiedad intelectual son esencialmente transmisibles y el titular de los mismos puede hacer uso de esa transmisión para obtener rendimientos derivados de su explotación económica.

CONTRATO DE CESION DE DERECHOS DE AUTOR - Definición, noción, concepto / CONTRATO DE CESION DE DERECHOS DE AUTOR - Formalidad o solemnidad: ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad esentiam

En ese orden de ideas, la cesión de derechos es un contrato por medio del cual el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos patrimoniales a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración o sin ella. Mediante este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, el cedente se desprende de los derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario en el nuevo titular o titular derivado, lo cual le permite actuar en nombre propio, incluso en lo relacionado con acciones judiciales contra los infractores. En caso de que la cesión sea parcial, los autores conservan las prerrogativas en lo que no transfieren expresamente. Es preciso señalar que la forma es considerada como “un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás”, y según el régimen legal aplicable, previó que este tipo de contratos deben constar por escrito (contrato litteris) o, lo que es igual, se trata de un contrato solemne. La forma como se materializa el vínculo jurídico es, pues, escrita. Forma escrita que revise un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad esentiam (forma dat esse rei). De ahí que el acto o negocio jurídico en materia de derechos de autor sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica, esto es de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad.

PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Finalidad: Principio que rige la contratación estatal. Correlación entre tiempo de celebración y prestaciones a cargo de las partes / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Contratista: Cocontratantes del Estado, colaboradores del Estado / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - En virtud del contrato estatal las partes asumen riesgos financieros

La preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales (artículos 2 y 209 superior), y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 constitucionales). En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a su terminación cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato. Y justamente es esa posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato. En efecto, los contratistas al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder en forma desproporcionada los expresos términos del contrato, en procura de cumplir con el fin último de la contratación, lo que a su vez genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos. (...) Este postulado encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el cumplimiento de su objeto, vale decir, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se

afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en ocasiones, es preciso adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones. (...) Las partes, al celebrar un contrato de la administración pública, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio estrictamente matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Colaborador o cocontratante de la Administración: Concepto, noción, definición

Este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” (que el Comisario de Gobierno Blum llamó l'équation financière) o a la “honesta equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, que en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo, se puede ver afectado por circunstancias imprevisibles.

PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Prestaciones equivalentes: Concepto, noción, definición

Con arreglo a este principio, las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obligan a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas y ajenas a la parte afectada.

PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Derecho al restablecimiento del equilibrio económico. Aplicación de los principios pacta sunt servanda y rebus sic tantibus / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO / No cualquier trastorno o variación afecta el equilibrio del contrato

Al morigerar el principio pacta sunt servanda con la aplicación de la cláusula rebus sic tantibus, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de presente que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no entraña la carga de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene por qué asumir un riesgo anormal que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato, ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación

contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente. En consecuencia, el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento. Esta obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es el corolario del principio según el cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido, puesto que se trata de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas que regenta la responsabilidad del Estado (arts.13 y 90 C.P.). Por otra parte, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituyen rompimiento del equilibrio económico, puesto que existen siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual que deben ser asumidos por él.

PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Eventos o hechos que alteran el equilibrio contractual: Actos o hechos de la entidad administrativa contratante / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Eventos o hechos que alteran el equilibrio contractual: Actos generales de la administración como Estado o teoría del hecho del príncipe / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Eventos o hechos que alteran el equilibrio contractual: Factores exógenos a las partes del negocio o teoría de la imprevisión o sujeciones materiales imprevistas / PRINCIPIO DE ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Eventos o hechos que alteran el equilibrio contractual: Incumplimientos de la administración como pago tardío de anticipo y entrega parcial de obra

Por otra parte, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituyen rompimiento del equilibrio económico, puesto que existen siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual que deben ser asumidos por él. En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean estas abusivas o no. Actos generales de la administración como Estado o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. Factores exógenos a las partes del negocio o “teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables a la entidad contratante y externas al contrato pero con incidencia en él. En los anteriores eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador, asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso, y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (...) Del mismo modo, incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista. (...) Por lo tanto, el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en la obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades

de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos. **Error! Marcador no definido.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642)

Actor: SOCIEDAD PRODUCCIONES TELEMUNDO LIMITADA

Demandado: CANAL REGIONAL DE TELEVISION DE LA COSTA ATLANTICA - TELECARIBE LIMITADA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Temas: Contratos de los canales regionales de televisión. Carácter solemne de la cesión de derechos de autor. Suspensión del contrato por incumplimiento del contratista no genera ruptura del equilibrio económico del contrato. Deber de acreditar que la fuerza mayor motiva el incumplimiento. Vicio de falsa motivación. Caducidad del contrato. Prueba de la desviación de poder. Excepción de contrato no cumplido en contratación estatal. Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de abril de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión con sede en Barranquilla, mediante la cual negó las

pretensiones de las demandas en los procesos acumulados 6334 LI, 6535 LI y 6536 D. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 1 de agosto de 1990, el Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. y la sociedad Producciones Telemundo Ltda., suscribieron los siguientes contratos administrativos: n.º 058A-90, con el objeto de ceder los derechos de transmisión de los programas “Operación Celuloide”, “Sábado Gigante”, “Siempre Domingo” y “Tv Mujer” y el n.º 058-90, con el objeto de preproducir, producir y post-producir los programas “Magazín Notimundo”, “El Show de Mediodía” y “Deportes Telemundo”, los cuales fueron suspendidos inicialmente por la entidad contratante porque no se acreditó por la actora estar a paz y salvo en los derechos de autor, y luego porque tampoco se cancelaron las tarifas por derechos de comercialización a Telecaribe, incurriendo en mora el contratista, lo cual dio finalmente lugar a que se declarara la caducidad de los contratos.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

La sociedad Producciones Telemundo Ltda., a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., presentó tres demandas en contra de Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. -en adelante, Telecaribe Ltda.-, los días 5 de julio de 1991 (expediente 6334 LI), aclarada mediante escrito de 18 de septiembre siguiente, 7 de noviembre de 1991 (expediente 6535 LI) y 12 de noviembre de 1991 (expediente 6536 D), en las cuales formuló las siguientes pretensiones (f. 106-122-134-135 c. 3.; f. 183-200 y a f. 63-85, c. sin numerar. 2; f. 2-196, c. 7, respectivamente).

Expediente 6334 LI:

1.1. Que se declare la nulidad de la resolución 192 del 24 de agosto de 1.990, por medio de la cual el Gerente de TELECARIBE suspendió los programas de televisión: SIEMPRE EN DOMINGO, SÁBADO GIGANTE y TV. MUJER, cuya cesión de derechos de transmisión fue legalmente pactada entre TELEMUNDO LTDA. y TELECARIBE, mediante contrato # 058 A de 1.990.

1.2. Que se declare la nulidad o la inaplicabilidad de la resolución # 0413 del 4 de abril de 1.991, emanada de la Gerencia de TELECARIBE, en virtud de la cual se suspendieron todos los programas cuyos derechos de emisión fueron pactados entre TELECARIBE y TELEMUNDO LTDA. mediante el contrato # 058 A de 1.990.

1.3. Que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones mencionadas en los puntos 1.1. y 1.2., se declare que la sociedad CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA LTDA.-TELECARIBE incumplió el contrato # 058 A-90 suscrito con TELEMUNDO LTDA.

1.4. Que igualmente se declare que la sociedad CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA LTDA.-TELECARIBE, incumplió el contrato suscrito con TELEMUNDO LTDA., por su negligencia al no reparar en debida forma los equipos que emiten la señal de televisión, y por consiguiente se declare resuelto dicho contrato.

1.5. Que en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la Sociedad CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA-TELECARIBE a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor total de los perjuicios materiales ocasionados con el incumplimiento del contrato # 058 A de 1.990 en la siguiente forma:

a) Los perjuicios materiales por un monto de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$147.000.000) causados por la imposibilidad de vender mil cuatrocientos setenta (1.470) minutos de comerciales por la suspensión ilegal del programa SÁBADO GIGANTE, durante 49 emisiones contadas a partir del 24 de agosto de 1.990 hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta el 31 de julio de 1.991, a razón de CIENTO MIL PESOS (\$100.000), cada minuto.

b) Los perjuicios materiales por un monto de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$145.800.000) causados por la imposibilidad de vender mil cuatrocientos cincuenta y ocho (1.458) minutos de comerciales por la suspensión ilegal del programa TV. MUJER, durante doscientas cuarenta y tres (243) emisiones, contadas a partir del 24 de agosto de 1.990 hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta

el 31 de julio de 1.991, a razón de CIEN MIL PESOS (\$100.000) cada minuto.

c) El valor de los demás perjuicios materiales que se prueben dentro del proceso si fuere el caso, dentro del respectivo incidente de regulación, los cuales por ahora estimo en el monto de CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$48.500.000), sin que ello impida que tal suma pueda ser superior.

d) El valor de las cantidades anteriores actualizadas de conformidad con lo establecido en el art. 178 del C.C.A., a fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana desde la fecha del incumplimiento contractual y la producción de perjuicios hasta la fecha probable en que se haga efectivo el pago de los mismos.

e) El valor de los intereses de mora causados sobre el monto de los perjuicios indicados en los literales a), b) y c) de esta demanda, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha en que se produzca el pago total de los perjuicios.

1.6. Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a mi mandante por la actitud arbitraria y lesiva del contratista que vulneró profundamente la integridad moral y el prestigio de TELEMUNDO LTDA. en un monto de mil (1.000) gramos de oro fino.

1.7. Que se ordene el cumplimiento del fallo que se profiera en este proceso dentro del término previsto por el art. 176 del C.C.A.

Expediente 6535 LI:

1.1. Que se declare la nulidad o la inaplicabilidad de la resolución No. 0412 del 4 de abril de 1.991, emanada de la Gerencia de TELECARIBE, en virtud de la cual se suspendieron todos los programas cuyos derechos de emisión fueron pactados entre TELECARIBE LTDA. y TELEMUNDO LTDA. mediante el contrato No. 058 de 1.990.

1.2. Que se declare la nulidad o la inaplicabilidad de la Resolución No. 1228 del 18 de julio de 1991, emanada de la Gerencia de TELECARIBE LTDA., por la cual declaró la caducidad del contrato No. 058 de 1990, suscrito entre TELECARIBE LTDA. y TELEMUNDO LTDA.

1.3. Declarar que operó el silencio administrativo negativo, respecto del recurso de reposición formulado por mi mandante ante el Gerente de TELECARIBE LTDA., solicitando la revocación de la Resolución No. 1228, emanada de TELECARIBE LTDA.

1.4. Declarar que es nulo, el acto administrativo implícito en el silencio de la Administración, por medio del cual se negó el recurso interpuesto por la actora.

1.5. Que como consecuencia de la nulidad o inaplicabilidad de las resoluciones No. 0412 del 4 de abril de 1991 y la 1228 del 18 de julio de 1991 y de la nulidad del acto administrativo presunto que negó el recurso interpuesto por la actora, se declare que TELECARIBE LTDA. incumplió el contrato No. 058-90, pactado con TELEMUNDO LTDA.

1.6. Que igualmente se declare que la sociedad CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA LTDA.-TELECARIBE, incumplió el contrato No. 058-90, suscrito con TELEMUNDO LTDA., por su negligencia al no reparar en debida forma los equipos que emiten la señal de televisión.

1.7. Que en virtud de las anteriores declaraciones:

a) Se ordene la revisión del Contrato No. 058-90, reduciendo en un 60% el valor de las tarifas facturadas sobre programas emitidos, en proporción a las deficiencias de coberturas y calidad de la señal televisiva.

b) Que se condene a TELECARIBE al pago de los perjuicios materiales que se prueben en el proceso, y si fuere el caso dentro del respectivo incidente de regulación, los cuales por ahora estimo en la suma de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/L. (\$165.000.000.00), sin que ello impida que tal cantidad pueda ser superior.

c) El valor de las cantidades anteriores actualizadas de conformidad con lo establecido en el art. 178 del C.C.A., a fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana desde la fecha del incumplimiento contractual y la producción de perjuicios hasta la fecha probable en que se haga efectivo el pago de los mismos.

d) El valor de los intereses de mora causados sobre el monto de los perjuicios indicados, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha en que se produzca el pago total de los perjuicios.

1.8. Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a mi mandante por la actitud arbitraria y lesiva del contratista que vulneró profundamente la integridad moral y el prestigio de TELEMUNDO LTDA. en un monto de mil (1.000) gramos de oro.

1.9. Que se ordene el cumplimiento del fallo que se profiera en este proceso dentro del término previsto por el artículo 176 del C.C.A.

1.10. Que se condene a la entidad al pago de las costas del proceso.

Expediente 6536 D:

1.1. Que se declare la nulidad de la resolución No.1227 del 18 de julio de 1.991, emanada de la Gerencia de la sociedad CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA LTDA.- TELECARIBE, que declaró la caducidad del contrato No. 058A-90, suscrito entre TELECARIBE LTDA. y TELEMUNDO LTDA.

1.2. Declarar que operó el silencio administrativo negativo, respecto del recurso de reposición formulado por mi mandante ante el Gerente de TELECARIBE LTDA., solicitando la revocación de la Resolución No. 1227 del 18 de julio de 1991, emanada de TELECARIBE LTDA.

1.3. Declarar que es nulo, el acto administrativo implícito en el silencio de la administración, por medio del cual se negó el recurso interpuesto por la actora.

1.4. Que como consecuencia de la nulidad de la resolución No.1227 del 18 de julio de 1.991, emanada de TELECARIBE y la nulidad del acto administrativo presunto que negó el recurso interpuesto por la actora, se declare que TELECARIBE LTDA. incumplió el contrato No. 058A-90 pactado con TELEMUNDO LTDA.

1.5. Que se declare igualmente que TELECARIBE, incumplió el contrato No. 058A-90, suscrito con TELEMUNDO LTDA., por su negligencia al no reparar en debida forma los equipos que emiten la señal de televisión.

1.6. Que en virtud de las anteriores declaraciones:

a) Se ordene la revisión del Contrato No. 058A-90, reduciendo en un 60% el valor de las tarifas facturadas sobre programas emitidos, en proporción a las deficiencias de coberturas y calidad de la señal televisiva.

b) Se condene a TELECARIBE Ltda. a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor total de los perjuicios materiales ocasionados por un monto de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/I. (\$147.000.000.00) causados por la imposibilidad de vender UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA (1.470) minutos de comerciales por la suspensión ilegal del programa SÁBADO GIGANTE, durante CUARENTA Y NUEVE (49) emisiones, contados (sic) a partir del 24 de agosto de 1990 hasta la fecha de terminación del contrato; es decir, hasta el 31 de julio de 1.991, a razón de CIEN MIL PESOS (\$100.000) cada minuto.

c) Que se condene a TELECARIBE LTDA. a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor de los perjuicios materiales por un monto de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$145.800.000.00) causados por la imposibilidad de vender UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO (1.458) minutos de comerciales por la suspensión ilegal del Programa TV. MUJER, durante doscientas cuarenta y tres (243) emisiones, contadas a partir del 24 de agosto de 1.990 hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta el 31 de julio de 1.991, a razón de CIEN MIL PESOS (\$100.000) cada minuto.

d) Que se condene a TELECARIBE LTDA. a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor de los demás perjuicios materiales que se prueben dentro del proceso y si fuere el caso, dentro del respectivo incidente de regulación, los cuales por ahora estimo en el monto de CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$48.500.000.00), sin que ello impida que tal suma pueda ser superior.

e) Que se condene a TELECARIBE LTDA. a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor de las cantidades anteriores actualizadas de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, a fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana, desde la fecha del incumplimiento contractual y la producción de perjuicios hasta la fecha probable en que se haga efectivo el pago de los mismos.

f) Que se condene a TELECARIBE LTDA. a pagar a TELEMUNDO LTDA. el valor de los intereses moratorios causados sobre el monto de los perjuicios indicados, desde la fecha del incumplimiento hasta cuando que se produzca el pago total de los perjuicios.

1.7. Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a mi mandante por la actitud arbitraria y lesiva del contratista que vulneró profundamente la integridad moral y el prestigio de TELEMUNDO LTDA. en un monto de UN MIL GRAMOS DE ORO (1.000).

1.8. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda dentro del término previsto por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

1.9. Que se condene a la entidad al pago de las costas del proceso.

En apoyo de las pretensiones formuladas en las tres demandas, la parte actora relató los hechos que pueden ser compendiados así:

Adujo que la empresa Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. abrió el 8 de mayo de 1990 la licitación pública para contratar la producción y la cesión de los derechos de transmisión de programas de televisión.

Manifestó que fue seleccionada en la anterior licitación y, en consecuencia, suscribió con Telecaribe el contrato administrativo n.º 058A-90, con el objeto de ceder a este los derechos de transmisión de los programas “Operación Celuloide”, “Sábado Gigante”, “Siempre Domingo” y “Tv Mujer”, adquiriendo, por su parte, el derecho a comercializarlos.

Señaló que suscribió con Telecaribe el contrato administrativo n.º 058-90, con el objeto de preproducir, producir y post-producir los programas de “Magazín”, el “Show de Mediodía” y “Deportes Telemundo”, adquiriendo el derecho a comercializarlos.

Indicó que el 10 de agosto de 1990, como consecuencia de la acción de vientos huracanados, la antena del canal 7 de la banda V.H.F. de Telecaribe se cayó, produciendo la ausencia total de la señal televisiva durante tres días y graves alteraciones en su calidad a partir de ese momento; debido a la anterior situación la empresa Pasatcol ofreció los servicios de su torre de transmisión al canal Telecaribe, pero este no aceptó y los daños no fueron reparados diligentemente, lo cual afectó la calidad de la señal televisiva y la comercialización de los programas hasta la fecha en que fueron suspendidos definitivamente.

Agregó que el 24 de agosto de 1990, mediante Resolución n.º 192, Telecaribe suspendió los programas “Sábado Gigante”, “Tv Mujer” y “Siempre en Domingo” contratados por Telemundo Ltda., sin tener facultades para ello.

Sostuvo que mediante Resolución n.º 207 de 30 de agosto de 1990, la gerencia de Telecaribe autorizó la reanudación del programa “Siempre Domingo”, no obstante lo cual Telemundo no consiguió superar la difícil situación económica a que se vio avocada con una señal defectuosa que dificultaba la comercialización de sus servicios y con dos de sus programas más costosamente promocionados ilegalmente suspendidos, y con la imagen empresarial en entredicho a consecuencia de la sanción impuesta por Telecaribe.

Aseveró que mediante carta de 24 de septiembre de 1990, solicitó a Telecaribe la revisión de la facturación sobre los programas emitidos, teniendo en cuenta los defectos en la señal televisiva y los perjuicios que

ello producía, la cual fue negada en oficio 0047 del 4 de enero de 1991 y se limitó a cobrar las tarifas plenas.

Refirió que con el fin de cumplir sus compromisos con Telecaribe y los anunciantes, pidió, mediante comunicación de 5 de febrero de 1991, un plazo de 60 días para pagar, el cual le fue concedido, abonando a su obligación la suma de \$3.500.000.

Afirmó que, por medio de carta de 21 de marzo de 1991, solicitó a Telecaribe la cancelación de los espacios contratados para evitar una quiebra inminente, pero este procedió por conducto de su gerente, mediante resoluciones 0412 y 0413 de 4 de abril de 1991, a ordenar definitivamente la suspensión de todos los programas asignados en los contratos 058-90 y 058A-90, sin notificar al garante, Seguros Comerciales Bolívar.

Añadió que, posteriormente, Telecaribe optó por declarar la caducidad de los contratos 058-90 y 058A-90, mediante las Resoluciones n.º 1227 y 1228 de 18 de octubre de 1991, sin mencionar la suspensión ilegal de los programas.

Finalmente, expuso que el 13 de agosto de 1991 Telemundo Ltda. presentó sendos recursos contra los anteriores actos, sin que transcurridos dos meses desde su interposición se le haya notificado decisión alguna, operando así el fenómeno del silencio administrativo negativo.

Como fundamentos de derecho invocó la actora los artículos 2, 16, 17, 20, 26, 30, 32 y 55 de la Constitución Nacional de 1886; 2, 6, 29, 58, 75, 113, 209 y 333 de la Constitución Política de 1991; 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1613 y 1614 del Código Civil; 242, 243, 244, 245, 246 y 247 de la Ley 23 de 1982; 64, 71 y 293 del Decreto Ley 222 de 1983; 14, 28, 34 y 35 del Decreto 01 de 1984; 33 de la Ley 42 de 1985; 1 del Decreto 3641 de 1986; 42 de la Ley 14 de 1991; 5 de la Resolución 2896 de 1988 del Ministerio de Comunicaciones; 82, 83, 84, 85 y 86 de la Resolución 2683 de 1986 del Ministerio de Comunicaciones; numerales 8.3. y 8.12 del Acuerdo 044

(pliego de condiciones) del 30 de abril de 1990 del Consejo Directivo de Telecaribe; cláusulas 2 numeral 3, 7, 11, 12 y 20 del contrato 058 A-90; cláusulas 3 y 26 del contrato 058/90. Sostuvo que:

La Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990, expedida en el marco del contrato n.º 058A/90, adolece de ilegalidad, pues se encuentra viciada: *(i)* por incompetencia; *(ii)* por violación al debido proceso; *(iii)* por incurrir en falsa motivación.

Los contratos 058/90 y 058A/90 sufrieron una ruptura del equilibrio financiero de los mismos, porque pese a que se le autorizó a Telemundo la reanudación del programa “Siempre en Domingo”: *(i)* el contratista no pudo recuperarse del daño económico que se le infringió por cuenta de la suspensión ilegal de sus otros dos programas; *(ii)* la mala calidad de la señal televisiva perjudicó notablemente la comercialización de la pauta publicitaria y, además *(iii)* le fue negada la solicitud de reconsideración de las tarifas cobradas en atención a las fallas televisivas.

Las Resoluciones 0412 y 0413 del 4 de abril de 1991, mediante las cuales se suspendieron todos los programas contratados, resultan ilegales o, por lo menos, inaplicable la primera, teniendo en cuenta que incurren en una falsa motivación. Con estos actos administrativos con los que se ordenó definitivamente la suspensión de todos los programas asignados en los contratos 058-90 y 058 A-90 se incurrió en falsa motivación, en tanto si bien al momento de la expedición de los mismos el hoy demandante (Telemundo) no había cancelado parte de la deuda que se le cobraba, lo cierto es que ese incumplimiento era consecuencia directa de uno anterior imputable a la administración y derivado de una sanción injusta y arbitraria al contratista, y de su negligencia de producir una señal televisiva en las condiciones mínimas de calidad y cobertura para una mediana comercialización de los programas contratados con lo cual se violó la cláusula tercera del contrato, lo mismo que los artículos 1602 a 1604 del CC y 1608-1609 del CC.

Alegó la demandante nulidad de los actos acusados por desequilibrio y por desviación de poder. Precisó que la administración ignoró las circunstancias de ruptura del equilibrio financiero de los contratos por las razones antes aducidas en la misma demanda. Puso de presente que se omitió aludir a la resolución 192 de 24 de agosto de 1990 en la que no se facturaron los programas suspendidos, así como las resoluciones 0412 y 0413 de 1991 en las que sí se facturaron, como si no hubiesen existido.

II. Trámite procesal

La entidad demandada **contestó las demandas** (f. 165-180 c.3 del proceso n.º 6334 LI; f. 236-255 c. sin numerar del proceso n.º 6536; 158 c. 7 y 1-15 c.6 del proceso n.º 6536D) y se opuso a las pretensiones, relató su versión sobre los hechos que dieron lugar al conflicto, analizó las afirmaciones de la demandante y controversió los fundamentos jurídicos de las mismas.

En cuanto al problema de la señal, arguyó que se trató de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito producto de los vendavales o vientos huracanados y cuya extensión fue limitada a un solo canal en Barranquilla; además, se podía recibir la señal por otro canal UHF en esa ciudad y para las demás ciudades en la frecuencia VHF. Resaltó que el problema sólo duró tres días.

Anotó que Telemundo incurrió en incumplimiento en materia de derechos de autor, en tanto adujo unos contratos entre otras partes (Univisión y Pasatcol) y, además, aun admitiendo que los mismos tenían incidencia en este contrato, no se desvirtúa la mora en los pagos correspondientes.

Explicó que las resoluciones de suspensión de los contratos se apoyan en lo previsto en los términos del concurso y en la normatividad gubernamental aplicable, frente al incumplimiento de Telemundo de su obligación de estar al día en el pago de derechos de autor. De otra parte, observó que el demandante acusó la violación de varias disposiciones legales, pero sin analizar las supuestas vulneraciones de las mismas.

Respecto del problema de las tarifas, aseguró que el accionante nunca ha puesto en duda la legalidad del cobro de las tarifas plenas, porque sabe que su cobro pleno procede pues así lo dispusieron los pliegos, el contrato y las normas reglamentarias correspondientes, aun en el evento de suspensión porque hay que pagar los programas sustitutos.

Frente a las supuestas omisiones en las resoluciones 1227 y 1228 de 1991, advirtió que no hay motivos para invocarlas, toda vez que el fundamento de los actos impugnados es el incumplimiento por parte del contratista en el pago de las tarifas a la entidad contratante.

Mediante proveído de 2 de septiembre de 1998, se dispuso la **acumulación de los procesos** 6334-LL, 6535-LL y 6336-D (f. 258-261 c.3).

En auto de 7 de junio de 2000 (f. 264 c.3) se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**, etapa durante la cual reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación; el demandante resaltó que se encontraban probados los hechos que sustentan las pretensiones formuladas, y el demandado las defensas esgrimidas (f. 265-278; 279-290 c.3).

El Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión para decisión con sede en Barranquilla, profirió el 20 de abril de 2001 la **sentencia** objeto de impugnación (f. 293-311, c.ppl.), para lo cual dividió su análisis en tres aspectos: (i) los derechos de autor de los programas de televisión, de los cuales Telemundo “cedió” el de emisión correspondiente; (ii) el incremento en los defectos de las señales de televisión transmitidos por Telecaribe, y (iii) la mora de la programadora en el pago de los costos a Telecaribe.

En cuanto al primer aspecto, el *a quo* estimó que Telemundo no tenía los derechos de autor sobre los programas pautados, Sábado Gigante y Tv. Mujer, según se desprende del hecho de que fuera la firma Pasatcol Tv. la que respondiera el requerimiento de Telecaribe a ese respecto y que haya

sido la suscriptora de los convenios en idioma inglés remitidos al plenario (sin traducir); además, las empresas propietarias de los derechos correspondientes certificaron que no tenían relación comercial con la demandante. A su juicio, una vez analizadas las cláusulas primera y segunda, numerales 1 y 2, la obligación contractual asumida por Telemundo no consistía en la mera entrega física del *cassette* correspondiente, para que Telecaribe pudiera materialmente emitir el programa respectivo a través de su espacio y este fuera recibido por los usuarios del canal, sino en la *“cesión de derechos de emisión que tenía o debía tener sobre los programas pautados”*, de manera que cuando procedió a entregar para su emisión programas de los cuales carecía de los derechos de autor, estaba incumpliendo su obligación principal y el objeto del mismo contrato.

Consideró que la Resolución 192 de 24 de agosto de 1990 no está viciada, en la medida en que la conducta de Telecaribe en que decidió no continuar con la emisión de los programas está soportada en el hecho de que no puede ejecutarse un contrato cuando representa para uno de los contratantes la vulneración de la ley y cuando existe incumplimiento del cocontratante, según el artículo 1609 del Código Civil.

Encontró que no se demostró en el proceso -con la aportación o práctica de los medios probatorios procesales idóneos- que la señal de televisión transmitida por Telecaribe se hubiere desmejorado o empeorado significativamente después del accidente del 10 de agosto de 1990, ni tampoco que la misma hubiera sido defectuosamente reparada, y que tal situación hubiera dificultado o hecho imposible la comercialización de sus programas. Por lo mismo, en su criterio tampoco está acreditado que obró irregularmente al no reconocer este supuesto incumplimiento y, consecuentemente, cuando se negó a reconsiderar la facturación remitida a la programadora.

Finalmente, apuntó que como está aceptada por parte de la demandante la mora en el pago de los costos convenidos y teniendo en cuenta que la facturación de Telecaribe sí se ajusta al monto establecido en las tarifas

correspondientes, se llega a la conclusión de que en la expedición de las Resoluciones n.º 412, 413, 1227 y 1228 de 1991 no se incurrió en causal alguna de ilegalidad y por ende son legítimas.

Contra la sentencia de primera instancia la demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación** (f. 314-321 c. ppl.) con el fin de que sea revocada, se ordene la práctica de algunas pruebas que dejaron de practicarse (traducción de los contratos allegados en idioma inglés) y se reconozcan las pretensiones de las demandas.

Resaltó que la sentencia de primera instancia pretende reordenar los hechos de las demandas, a través de tres ejes temáticos (derechos de autor, defectos de la señal de televisión y mora en el pago de costos), y por ello omitió analizar la totalidad de los mismos y desconoció las pruebas que demuestran que de parte de la demandante no existieron los incumplimientos que Telecaribe le imputa. Los hechos son claros y cuentan con respaldo probatorio, situación que no facultaba al juzgador a interpretarlos en la forma sesgada como lo hizo, reduciéndolos a una controversia sobre derechos de autor, lo que a la postre condujo al Tribunal *a quo* a decidir desfavorablemente la demanda, configurándose así una típica vía de hecho.

Manifestó que el *a quo* no solo desconoció los medios de prueba, sino que realizó una valoración de los mismos en forma irracional, arbitraria y caprichosa, contrariando las reglas de la sana crítica. El Tribunal aplicó la figura de la excepción de contrato no cumplido, cuando sabido es que dicha figura jurídica es aplicable a los contratos de ejecución instantánea y no a los de tracto sucesivo.

En conclusión, la sentencia recurrida incurrió en una vía de hecho, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a un defecto fáctico por la falta de valoración y la inadecuada apreciación de los medios de prueba, con incidencia en la decisión adversa a las pretensiones de la demanda.

La demandada presentó escrito de **oposición al recurso** de apelación (f. 323-332 c.ppl.), en el que solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia y al efecto reiteró lo expuesto en el proceso.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción en lo contencioso administrativo, en tanto guardián de la constitucionalidad y legalidad administrativa, conoce de las controversias sobre contratos del Estado. A esta jurisdicción están adscritas este tipo de debates en sede judicial.

Ahora, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso de doble instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988, para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998.

En efecto, en 1991 cuando fueron presentadas las demandas de los procesos acumulados (expedientes 6334 LI, 6535 LI y 6536 D), la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$ 4 900 000 –artículos 129 y 132 del C.C.A, subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones, solo de una de ellas (exp. 6535 LI), fue estimada en la suma de \$165 000 000,00 por concepto de perjuicios materiales.

La acción procedente

2. La acción contractual es la conducente, por cuanto en los tres procesos se pretende (i) la declaratoria de nulidad de unos actos por los cuales la entidad contratante impuso unas suspensiones de los programas de televisión -objeto contractual- y declaró la caducidad de dos de los contratos; (ii) la declaratoria de incumplimiento de la entidad contratante, lo mismo que su revisión, y (iii) se persigue, en consecuencia, el reconocimiento del pago de los perjuicios ocasionados.

Es idóneo el medio de control escogido en tanto de conformidad con lo prescrito por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al presente asunto, cualquiera de las partes del contrato puede pedir que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios. Al igual que mediante la misma acción es factible revisar la legalidad de los actos proferidos con ocasión de la actividad contractual, como ocurre en el *sub lite*.

La legitimación en la causa

3. Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada, Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. es la entidad pública contratante y su contraparte es el contratista particular con quien celebró los tres negocios jurídicos *sub examine* y cuyo estudio fue objeto de acumulación.

La caducidad

4. Los contratos *sub lite* son de aquellos que se denominan de tracto sucesivo, esto es, cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo, lo cual revela inequívocamente que no puede ejecutarse en “un solo acto único” sino en “varios actos escalonados”¹.

¹ URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, p. 247.

El término para formular pretensiones relativas a controversias contractuales está contemplado en el artículo 136 del C.C.A., con arreglo al cual el mismo será de dos años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Síguese de todo lo anterior que las tres demandas acumuladas fueron interpuestas en tiempo, vale decir dentro del término señalado por la ley, porque para la fecha en la cual se instauraron, 5 de julio de 1991 (expediente 6334 LI) aclarada mediante escrito de 18 de septiembre siguiente, 7 de noviembre de 1991 (expediente 6535 LI) y 12 de noviembre de 1991 (expediente 6536 D), no había transcurrido todo el plazo legal para su presentación.

II. Problema jurídico

5. Teniendo en cuenta las razones de inconformidad de la apelante con el fallo de primera instancia, la Sala observa que los problemas jurídicos en el *sub lite* estriban en dilucidar los siguientes interrogantes: (i) ¿la Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990, por medio de la cual se suspendió de manera temporal la transmisión de los programas a que hace referencia el contrato 058A/90, está viciada de ilegalidad por incompetencia, violación del derecho de defensa y falsa motivación?; (ii) ¿son ilegales las Resoluciones n.º 0412 y 0413 de 4 de abril de 1991, por medio de las cuales Telecaribe suspendió la totalidad de los programas materia de los contratos 058/90 y 058A/90, por incurrir en el vicio de falsa motivación y violación del derecho de defensa del garante?; (iii) ¿se presentó una ruptura del equilibrio económico de los contratos 058/90 y 058A/90 en detrimento del contratista, por cuenta de la presunta suspensión ilegal de los programas, la supuesta mala calidad de la señal televisiva y la negativa de revisión de las tarifas de comercialización?; y (vi) ¿los actos contenidos en las Resoluciones n.º 1225 y 1227 de 18 de julio de 1991, por medio de los cuales se declaró la

caducidad de los contratos 058/90 y 058A/90, están afectados de nulidad por ilegalidad por desviación de poder?

III Hechos probados

6. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados cronológicamente los siguientes hechos relevantes:

1) El 30 de abril de 1990, mediante Acuerdo n.º 044, el Consejo Directivo de Telecaribe Ltda. dispuso la apertura del concurso de méritos n.º 001-90 desde el 7 de mayo hasta el 8 de junio de ese año y aprobó el respectivo pliego de condiciones, para contratar con personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro de Proponentes la producción o la cesión de derechos de transmisión de programas (copias auténticas f.195-236 c.3, 57-107 c.5, 280-331 c.2, 130-177 c.6, 85-107 125-129 -copia- y 264-314 c. sin asignación de número).

Dentro de las condiciones principales del proceso de selección, se contemplaron:

1.2. OBJETO DE LOS CONTRATOS. Los contratos que para elaborar el programa celebre TELECARIBE, tendrán, según su naturaleza, el siguiente objeto:

1.1.2.1 Contrato de producción. Mediante el contrato de producción encarga el canal a una entidad o persona de derecho público o privado, la realización de un programa de televisión por cuenta y riesgo de ésta. La propiedad del programa contratado será exclusiva de TELECARIBE, el cual podrá comercializar libremente la retransmisión del programa en el mismo Canal o Canales de Televisión, tanto del país como del exterior. En estos casos, deberá TELECARIBE pagar al realizador las regalías que por retransmisión del programa se hubieren pactado en el respectivo contrato de producción. La tarifa de compensación para contratos de producción será menor que para los de cesión de derechos de emisión.

1.2.2. Contrato de cesión de derechos de emisión. Mediante el contrato de cesión derechos de emisión, TELECARIBE adquiere el derecho de emitir por una o hasta tres (3) veces un programa de televisión producido por una entidad o persona pública o privada sobre los programas así contratados. Los programas cuyos derechos de emisión se ceden a TELECARIBE por medio de esta modalidad contractual, podrán ser de producción regional, nacional o extranjera. (...)

4.2. VALOR TARIFAS DE COMERCIALIZACIÓN. Los contratistas de TELECARIBE deberán realizar la respectiva comercialización del tiempo respectivo y pagarán a TELECARIBE la tarifa correspondiente, de acuerdo con el siguiente valor:

HORARIO	PRODUCCIÓN	CESIÓN DE DERECHO DE EMISIÓN	
		EXTRANJERA	NACIONAL
7: a 8:00 am	\$ 65.900.00	\$ 82.400.00	\$73.200.00
12:00m a 12:30 pm	65.900.00	82.400.00	73.200.00
1:30-2:00 pm	65.900.00	82.400.00	73.200.00
4:00-6:30 pm	65.900.00	82.400.00	73.200.00
9:00-9:30 pm	95.200.00	142.700.00	125.600.00
9:30 en adelante	65.900.00	82.400.00	73.200.00

No obstante, el Canal Regional podrá revisarlas, como consecuencia de las condiciones del mercado o financieras especiales de éste.

4.3. SERVICIO AUXILIAR DE V.T.R. El contratista deberá cancelar además, la suma de \$3.050 (TRES MIL CINCUENTA), por el servicio auxiliar V.T.R. Las tarifas de compensación y V.T.R., serán sostenidas por el término de un (1) año, al cabo del cual podrán ser modificadas por el Consejo Directivo Regional.

(...)

8.2. FORMA DE PAGO. El Canal compensará a los Contratistas, cualquiera que fuere la modalidad del Contrato escrito, con la cesión del derecho de comercialización. Esto implica la posibilidad para el Contratista, de vender pauta publicitaria hasta por seis (6) minutos por cada media (1/2) hora. El contenido, requisitos y forma de emisión de la pauta publicitaria será reglamentada por el Consejo Regional de Televisión, de conformidad con lo previsto en la Resolución No- 2683 de 1986.

8.3. COMPENSACIÓN. El Contratista compensará al Canal el mayor valor del derecho de comercialización, pagando la tarifa que corresponda por el cuadro de éste. Las tarifas serán pagadas mensualmente, dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes a la fecha de recibo de la factura enviada por TELECARIBE y que incluye el valor de los conceptos causados en el inmediatamente anterior. Transcurrido el plazo anterior el contratista pagará los intereses de mora igual a los bancarios vigentes. Las tarifas de compensación podrán ser objeto de revisiones y reajustes por parte del Consejo Nacional de Televisión. Durante el término de ejecución de los contratos, podrán ser revisadas y ajustadas las tarifas de compensación y de V.T.R.

(...)

8.5. VALOR. El valor de los contratos será el que resulte de multiplicar el número de programas a emitir por la correspondiente tarifa de

compensación, incluyendo cualquiera de las dos (2) modalidades de contratación existentes para el presente Concurso.

8.6. SUJECIÓN A LA NORMATIVIDAD Y REGLAMENTOS. Los contratos se sujetarán a lo previsto en la resolución n.º 3888 de 1987 y la resolución n.º 2896 de 1988 y normas que las adicionen o modifiquen, y a los reglamentos que expida el Consejo Regional de Televisión; en consecuencia, deberán los contratistas ajustar la ejecución de los contratos a las normas que se encuentran vigentes a la fecha de emisión de cada uno de los programas contratados.

8.7. CLÁUSULA DE CADUCIDAD Y JURISDICCIÓN COMPETENTE. En los contratos de producción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión, se pactará la cláusula de caducidad, rigiéndose los contratos por los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral. Las controversias surgidas de los contratos serán conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa. El Canal declarará la caducidad de los contratos ante la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes eventos:

- a. Las previstas en el artículo 62 del Decreto 222 de 1983.*
- b. Que el monto de la deuda del proponente favorecido exceda el cincuenta por ciento (50%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato.*
- c. Cuando se haya hecho por TELECARIBE más de cinco (5) llamadas de atención formales al contratista, relacionado: calidad, contenido, comercialización, cumplimiento en la entrega, modificaciones al objeto contratado o mora en los pagos de comercialización.*
- d. Cuando se incumpla la finalidad del servicio público de televisión, prevista en el artículo 208 del Decreto Ley 222 de 1983 y en el artículo 6 de la Ley 42 de 1985, la Constitución Nacional y las leyes.*

(...)

8.12. SUSPENSIÓN. TELECARIBE podrá suspender los programas contratados ante la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

- a. Cuando exista mora de sesenta (60) días por parte del Contratista en los pagos por cualquier concepto a TELECARIBE.*
- b. Cuando exista violación de la finalidad del servicio público de televisión, prevista en el artículo 208 del Decreto Ley 222 de 1983 y en el artículo 6 de la Ley 42 de 1985, la Constitución Nacional y las leyes; cuando a juicio de TELECARIBE lo amerite declarará la caducidad.*

Las tarifas de los programas suspendidos serán facturadas al Contratista como si hubieran sido transmitidos e, igualmente, pagará el costo del programa sustituto.

2) El 1 de agosto de 1990, el Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. y la sociedad Producciones Telemundo Ltda., como consecuencia del anterior proceso de selección, suscribieron el contrato administrativo n.º 058A-90, con el objeto de ceder los derechos de transmisión de los programas “Operación Celuloide”, “Sábado Gigante”, “Siempre Domingo” y “Tv Mujer”, adquiriendo el derecho a comercializarlos (copia auténtica f. 94-98 y 123-127 c.3, copias auténticas f. 39-43 c.7, f. 327-331 c. sin asignación de número). Del contrato se destacan las siguientes estipulaciones:

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA se obliga a: 1. Ceder a TELECARIBE los derechos de transmisión que tiene sobre el (los) programa (s) denominado (s): OPERACIÓN CELULOIDE, SABÁDOS (sic) GIGANTES (sic), SIEMPRE EN DOMINGO Y T.V. MUJER. 2. Entregar a TELECARIBE con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la emisión del cassette de tres cuartos (3/4) de pulgadas con el (los) programa (s) cuyos derechos de emisión se ceden. 3. Gestionar por su cuenta la venta de comerciales. La publicidad que EL CONTRATISTA venda no podrá sobrepasar los minutos establecidos por disposición del Ministerio de Comunicaciones. 4. Entregar a TELECARIBE antes de las diez de la mañana (10:00 a.m.) del día de la emisión, las órdenes publicitarias para la elaboración de la pauta (...). 6. (sic) Efectuar por cuenta y sin costo alguno para TELECARIBE la publicidad de la programación. 7. Responder por los derechos de autor que puedan exigirse por el programa cuyos derechos de emisión se ceden. 8. Entregar a TELECARIBE los STORY BOARD y luego las producciones de los comerciales nuevos en video cassette de ¾ para ser aprobados respectivamente por el Comité Técnico de Comerciales. 9. Pagar a TELECARIBE la tarifa establecida por concepto de explotación comercial de los programas producidos o por el servicio auxiliar V.T.R. 10. Los demás que se deriven de lo estipulado en la Resolución 2683 del 4 de julio de 1986 y del pliego de condiciones del concurso promovido por TELECARIBE para contratar la producción y la cesión de derechos de transmisión.

CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE TELECARIBE: Telecaribe se compromete a: - Permitir la explotación comercial de los programas en que este cede los derechos de transmisión y que constituyen la programación ordinaria de TELECARIBE. – Efectuar la transmisión de programas contratados dentro del área de cubrimiento actual de la señal de TELECARIBE en los departamentos de la Costa Atlántica y Costa Caribe.

(...)

CLÁUSULA CUARTA.- VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente Contrato de Cesión de Derechos de Transmisión se determina multiplicando la (s) tarifa (s) por concepto de derechos de

comercialización establecida (s) por TELECARIBE, según la franja en que se encuentra (n) ubicado (s) el (los) programa (s) a contratar, por el número de programas contratados. De conformidad con lo anterior, el valor del presente contrato es por \$64.354.400,00 (SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS).

CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO.- El CONTRATISTA pagará a TELECARIBE la tarifa de derechos de comercialización en cuotas mensuales, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la factura del mes respectivo. Transcurrido el plazo anterior, EL CONTRATISTA pagará intereses de mora iguales a los bancarios vigentes.

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: PLAZO.- El término de duración del presente Contrato será de un (1) año, contado a partir del primero (1º) de agosto de mil novecientos noventa (1990), prorrogable por las partes previa decisión en tal sentido por el Consejo Directivo Regional.

(...).

CLÁUSULA UNDÉCIMA.- DERECHOS DE AUTOR: EL CONTRATISTA garantiza a TELECARIBE que los programas producidos o las series sobre las cuales cede los Derechos de Transmisión se encuentran a PAZ Y SALVO por concepto de derechos de autor, y a indemnizar a TELECARIBE por los perjuicios que eventualmente pueda sufrir. EL CONTRATISTA es el único responsable de estos derechos.

CLÁUSULA DUODÉCIMA.- SUSPENSIÓN. TELECARIBE podrá suspender los programas contratados, cuando exista mora de más noventa (90) días por parte del CONTRATISTA en el pago por concepto de derechos de comercialización. Los programas suspendidos serán facturados a EL CONTRATISTA como si hubiesen sido transmitidos. También le serán facturados los programas sustitutos.

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA.- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. No habrá lugar por parte de TELECARIBE a indemnización alguna en el evento de que circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito impidan o retrasen las transmisiones regulares de los programas. Por disposición del Gobierno Nacional o en casos especiales debidamente justificados por TELECARIBE podrá suspender, retrasar o adelantar la emisión de programas contratados sin que haya lugar a reclamos o indemnización alguna para EL CONTRATISTA.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA.- MULTAS. TELECARIBE queda facultada para imponer al CONTRATISTA, en caso de que por parte de este exista mora o incumplimiento parcial de las obligaciones, multas que a juicio de TELECARIBE podrán ser fijadas hasta por un máximo

del cinco (5%) del valor del contrato. Lo anterior, sin perjuicio de las demás acciones que legal o contractualmente correspondan a TELECARIBE, quien podrá hacer efectiva estas multas por pago directo de EL CONTRATISTA u obteniendo cancelación a través de la compañía aseguradora que ampara el cumplimiento de este contrato, o por cualquier otro medio legal.

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA.- PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA o declaratoria de caducidad del Contrato, TELECARIBE hará efectiva a su favor la cláusula penal pecuniaria, la cual tendrá un valor igual al veinte por ciento (20%) del valor del contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA.- CADUCIDAD DEL CONTRATO. TELECARIBE podrá declarar la caducidad del contrato por incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del CONTRATISTA o si se presentaren las causales previstas en el Art. 62 del Decreto 222 de 1983. La declaratoria de caducidad se hará mediante resolución motivada del Gerente, la cual será notificada en la forma prevista en el artículo 64 del mismo decreto.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA.- DISPOSICIONES QUE HACEN PARTE DE ESTE CONTRATO: Hacen parte de este contrato, en cuanto no haya sido modificado por el mismo, el pliego de condiciones para el concurso de méritos 001-90 de TELECARIBE y en la oferta presentada por el CONTRATISTA. También se rige este contrato por lo establecido en la Resolución 2683 de 4 de julio de 1986, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

3) El mismo 1 de agosto de 1990, el Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-Telecaribe Ltda. y la sociedad Producciones Telemundo Ltda., como consecuencia del citado proceso de selección, suscribieron el contrato administrativo de producción n.º 058-90, con el objeto de preproducir, producir y post-producir tres (3) programas: “Magazín Notimundo”, “El Show de Mediodía” y “Deportes Telemundo”, según las tarifas establecidas en la convocatoria del concurso de méritos (copia auténtica f. 12-17 c. sin asignación de número). Del contrato se destacan las siguientes estipulaciones:

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA se obliga a: 1. Asumir por entero las responsabilidades que de todo tipo se originen en la preproducción, producción y post-producción de los siguientes programas: “Magazín Notimundo”, “El Show de Mediodía” y “Deportes Telemundo”; 2. Utilizar en las preproducciones equipos propios o alquilados. 3. Entregar a TELECARIBE con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la

emisión, el (los) cassette (s) de tres cuartos (3/4) de pulgadas con el (los) programa (s) producido (s). 4. Gestionar por su cuenta la venta de comerciales. La publicidad que EL CONTRATISTA venda no podrá sobrepasar los doce (12) minutos por hora o proporcional por fracción. 5. Entregar a TELECARIBE antes de las diez de la mañana (10:00 a.m.) del día de la emisión, las órdenes publicitarias para la elaboración de la pauta (...). 6. Efectuar por cuenta y sin costo alguno para TELECARIBE la publicidad de la programación. (...) 9. Responder por los derechos de autor que puedan exigirse por el programa cuyos derechos de emisión se ceden. 10. Entregar a TELECARIBE los STORY BOARD y luego la producciones de los comerciales nuevos en video cassette de ¾ para ser aprobados respectivamente por el Comité Técnico de Comerciales. 11. Pagar a TELECARIBE la tarifa establecida por concepto de explotación comercial de los programas producidos o por el servicio auxiliar V.T.R. 12. Las demás que se deriven de lo estipulado en la Resolución 2683 del 4 de julio de 1986 y del pliego de condiciones del concurso promovido por TELECARIBE para contratar la producción y la cesión de derechos de transmisión.

CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE TELECARIBE: Telecaribe se compromete a: - Permitir la explotación comercial de los programas producidos por EL CONTRATISTA y que constituyen parte de la programación ordinaria de TELECARIBE. – Efectuar la transmisión de programas contratados dentro del área de cubrimiento actual de la señal de TELECARIBE en los departamentos de la Costa Atlántica y San Andrés Islas.

(...)

CLÁUSULA CUARTA.- VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente Contrato Preproducción se determina multiplicando la (s) tarifa (s) por concepto de derechos de comercialización establecida (s) por TELECARIBE, según la franja en que se encuentra (n) ubicado (s) el (los) programa (s) a contratar, por el número de programas contratados. De conformidad con lo anterior, el valor del presente contrato es por \$58.453.300,00 (CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS PESOS).

CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO. El CONTRATISTA pagará a TELECARIBE la tarifa de derechos de comercialización en cuotas mensuales, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la factura del mes respectivo. Transcurrido el plazo anterior, EL CONTRATISTA pagará intereses de mora iguales a los bancarios vigentes.

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: PLAZO.- El término de duración del presente Contrato será de un (1) año, contado a partir del primero (1º) de agosto de mil novecientos noventa (1990), prorrogable por las partes previa decisión en tal sentido por el Consejo Directivo Regional. (...).

CLÁUSULA UNDÉCIMA.- PROPIEDAD. La propiedad del programa producido por el CONTRATISTA es de TELECARIBE.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA.- DERECHOS DE AUTOR: EL CONTRATISTA garantiza a TELECARIBE que los programas producidos o las series sobre las cuales cede los Derechos de Transmisión se encuentran a PAZ Y SALVO por concepto de derechos de autor, y a indemnizar a TELECARIBE por los perjuicios que eventualmente pueda sufrir. EL CONTRATISTA es el único responsable de estos derechos.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA.- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. No habrá lugar por parte de TELECARIBE a indemnización alguna en el evento de que circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito impidan o retrasen las transmisiones regulares de los programas.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- SUSPENSIÓN. TELECARIBE podrá suspender los programas contratados, cuando exista mora de más noventa (90) días por parte del CONTRATISTA en el pago por concepto de derechos de comercialización. Los programas suspendidos serán facturados a EL CONTRATISTA como si hubiesen sido transmitidos. También le serán facturados los programas sustitutos [igual a la vigésima].

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA- MULTAS. TELECARIBE queda facultada para imponer al CONTRATISTA, en caso de que por parte de este exista mora o incumplimiento parcial de las obligaciones, multas que a juicio de TELECARIBE podrán ser fijadas hasta por un máximo del cinco (5%) del valor del contrato. Lo anterior, sin perjuicio de las demás acciones que legal o contractualmente correspondan a TELECARIBE, quien podrá hacer efectiva estas multas por pago directo de EL CONTRATISTA u obteniendo su cancelación a través de la compañía aseguradora que ampara el cumplimiento de este contrato, o por cualquier otro medio legal.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA o declaratoria de caducidad del Contrato, TELECARIBE hará efectiva a su favor la cláusula penal pecuniaria, la cual tendrá un valor igual al veinte por ciento (20%) del valor del contrato.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- CADUCIDAD DEL CONTRATO. TELECARIBE podrá declarar la caducidad del contrato por incumplimiento de alguna o alguna de las obligaciones del CONTRATISTA o si se presentaren las causales previstas en el Art. 62 del Decreto 222 de 1983. La declaratoria de caducidad se hará mediante resolución motivada del Gerente, la cual será notificada en la forma prevista en el artículo 64 del mismo decreto.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEXTA.- DISPOSICIONES QUE HACEN PARTE DE ESTE CONTRATO: Hacen parte de este contrato, en cuanto no haya sido modificado por el mismo, lo dispuesto en el pliego de condiciones para el concurso de méritos 001-90 de TELECARIBE y en la oferta presentada por el CONTRATISTA. También se rige este contrato por lo establecido en la Resolución 2683 de 4 de julio de 1986, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

4) El 4 de julio de 1990, en oficio dirigido a Telecaribe, los Gerentes de Pasatcol T.V. Cable y Producciones Telemundo Ltda, certificaron que: *“en la fecha hemos contratado con PRODUCCIONES TELEMUNDO Ltda., programadora del canal regional TELECARIBE la emisión de los programas SÁBADO GIGANTE y TV. MUJER, de los cuales tenemos derechos de UNIVISIÓN para ser explotados en sociedad por esta programadora a través de TELECARIBE”* (copia auténtica f. 12 c.2).

No obstante, según comunicación de 10 de junio de 1994, suscrita por el vicepresidente de asuntos legales y jurídicos, la empresa Univisa Inc. y su división Protele *“no tienen record de ningún contrato con la compañía Telemundo Limitada”* (original f. 221-222 c.7 por comisión cumplida por el Cónsul de los Ángeles, California); y en certificación de 8 de junio de 1994, expedida por la administradora de contratos de Univisión, se hace constar que no se conoce *“ninguna relación contractual entre Network y Producciones Telemundo Ltda en Colombia”* (original f. 227 c.7 por comisión cumplida por el Cónsul de Miami, Florida).

5) El 10 de agosto de 1990 la torre de transmisión R.C.N. ubicada en el barrio los Nogales de Barranquilla se derrumbó, como consecuencia de un vendaval que azotó a esa ciudad, y cuya reparación fue contratada por esa empresa con la firma Industrias Metálicas (según oficio de 28 de marzo de 1994, suscrito por el director de R.C.N. Barranquilla, original a f. 182 c.7).

De este hecho dan cuenta indiciariamente varios medios de prensa que fueron allegados al proceso², en atención a que como recientemente lo

² Así el diario “EL Heraldó” en la edición del 29 de septiembre de 1990, página 9A, edición 18.000, se informó que: *“En relación con esa señal deficiente que reciben los televidentes del canal costeño, el Gerente*

recordó el Pleno de esta Corporación, conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil las publicaciones periodísticas pueden ser consideradas como prueba documental, pero su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente³, circunstancia que se presenta en el *sub examine*.

6) El 16 de agosto de 1990, el presidente de Pasatcol Tv. Cable, ante la emergencia que estaba pasando Telemundo debido a la caída de la torre de R.C.N, en la cual se encontraba instalada la antena de transmisión del canal 7 V.H.F., ofreció su torre de transmisión de 40 metros de altura,

Dangond indicó que hay que esperar a que monten las nuevas antenas que llegaron ayer a Bogotá, ya que las existentes fueron destruidas por un huracán que azotó Barranquilla hace más de un mes. Ahora la teleaudiencia tiene que sintonizar en UHF. En cuanto a esta señal por UHF (canal 23), que es un sistema abolido en la mayor parte del mundo y que no se capta nítidamente ni siquiera en Barranquilla desde donde se emite, se sigue a la espera de unos equipos que mejorarán considerablemente la potencia para una mayor área de cubrimiento, prometió nuevamente Dangond” (aparece inserto sin foliar en el c. 7, como las otras informaciones de prensa que se aluden a continuación).

De otro lado, en ese mismo medio (nota 18.001, domingo 30 de septiembre de 1990, página 6ª) se registró: *“La queja diaria de los televidentes, especialmente de los de la Costa Atlántica, es la pésima señal de las cadenas nacionales y la de la cadena regional Telecaribe. La situación “es crítica pero somos concientes de la necesidad urgente de mejorar en este campo” dice el director de Inravisión, Darío Restrepo Vélez. (...) La situación de Telecaribe “es algo accidental pues hasta hace pocas semanas los televidentes de Barranquilla recibían una buena señal en VHF y UHF. Era el único canal en el país que brindaba la posibilidad de sintonizarse en ambas bandas. Pero un huracán derribó la torre en donde estaban las antenas VHF (una instalación de propiedad de RCN), y tuvimos que habilitar improvisadamente las antenas a menos altura. Antes las teníamos a 200 metros. Y a razón del huracán las tuvimos que colocar a sólo 20 metros. Como se puede apreciar, la diferencia es abismal, dice José Jorge Dangond, gerente saliente del canal costeño. En estos momentos Inravisión le dio la mano a Telecaribe, enviándole unas antenas de emergencia para que la señal VHF mejore en Barranquilla. Existen también el propósito de instalar otras antenas y transmisores en sitios estratégicos (...). Se hizo un amplio análisis del espacio de televisión regional y nacional. Y la conclusión más importante es que se debe garantizar una buena señal al televidente (...).”*

El medio de prensa en cita, el 30 de agosto de 1990 p. 5B, puso de presente que Córdoba estaba sin señal de Tv. Asimismo el 24 de septiembre de 1990, p. 2A, reseñó que se presentaron quejas relacionadas en el departamento de Sucre con la señal por el sistema VHF y UHF, dado que este último no se enciende el transmisor.

Igualmente el mismo diario de fecha 21 de septiembre página 8A, edición 17992, informó que los daños en las cadenas son por los nuevos equipos; 29 de abril de 1991; “Telecaribe buenos logros, pero aún falta”; 29 de abril de 1991; “Balance de los 5 años de Telecaribe”; el 12 de agosto de 1990, en la nota, edición 17.952 informó que “69 casas destruyó tormenta en Soledad, primera página: *“La tormenta eléctrica, acompañada de vientos huracanados que azotó el viernes por la noche a Barranquilla y parte de Soledad tumbó 60 casas y semidestruyó otras 150, derribó la torre de Telecaribe instalada en los Nogales dañando la señal en gran parte de la costa”*; el 13 de agosto de 1990. En la nota “Tormenta en Soledad”, edición 17.953, página 10 A, El Heraldó señaló: *“Según los informes conocidos la tormenta eléctrica del viernes tumbó 60 casas y semidestruyó otras 150 en el Barrio Manuela Beltrán de Soledad, al tiempo que derribó la Torre de Telecaribe instalada en los Nogales dañando la señal en gran parte de la Costa. Desde el Canal Regional se informó ayer que hoy se reanudaron los trabajos para restablecer la señal a través del sistema VHF, canal 29. También se informó que Montería continúa sin señal de Telecaribe a través del canal 4 (VHF) debido a que un rayo quemó el transformador instalado en Sierra Chiquita, en Córdoba”*.

³ Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de mayo de 2012, rad. 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI), C.P. Susana Buitrago Valencia.

localizada en el barrio de los Nogales de Barranquilla, hasta que la emergencia fuera superada y sin ningún costo para el canal, con el fin de que se instalara el transmisor y demás equipos necesarios (copia f. 4 c. 3, copia auténtica f. 45 c. 7, f. 19 c. sin numerar).

7) El 17 de agosto de 1990, mediante comunicación n.º DPE-001310 (copia auténtica f. 6-7 c.2, copia f. 8 c.3, copia auténtica f. 49 c.7), el jefe de la división de producción y emisión de Telecaribe le manifestó al Gerente de Telemundo, que de acuerdo con *“el reciente Foro de Comunicaciones celebrado en Bogotá, varios programadores de las cadenas nacionales, denunciaron que por Telecaribe se estaban emitiendo programas enlatados sin el pago de los respectivos derechos”*, razón por la cual le solicitó enviar la autorización para emitir por Telecaribe sus programas extranjeros. Además, anexó copia del fax enviado por Univisión a Telecaribe (f. 9 c.3, copia auténtica f. 50 c.7).

8) El mismo 17 de agosto de 1990, el Presidente de Pasatcol le envió a Telecaribe (comunicación a f. 10 c.3, copia auténtica f. 51 c.7) copias de dos contratos celebrados en idioma inglés entre Pasatcol Tv. Cable y Univisión de Estados Unidos (f. 11-19 c.3, copias auténticas f. 52-57 c.7). También indicó que los mismos se habían prorrogado hasta el 20 de enero de 1991, razón por la cual no entendía por qué el fax de Univisión en el que se señalaba que no tenía derechos para los programas *“Sábado Gigante”* y *“Tv. Mujer”*. Agregó que quizás se debió a que estaban atrasados en tres mensualidades con dicha empresa.

9) El 22 de agosto de 1990, Pasatcol Tv. Cable reconoció mediante escrito a Univisión la deuda pendiente y le solicitó un plazo hasta diciembre de ese año, dado que solo a partir del 1 de agosto de ese año había comenzado a comercializar los programas a través de Telecaribe (copia f. 20 c.3, copia auténtica a f. 9 c. 7).

10) El 24 de agosto de 1990, el Gerente de Telecaribe expidió la resolución n.º 192, por medio de la cual suspendió de manera temporal la transmisión

de los programas “Sábado Gigante”, “Tv. Mujer” y “Siempre en Domingo”, contratados con la firma Producciones Telemundo Ltda. a través del concurso de méritos 001-90 y mediante contrato 058A/90, para exigir a esta sociedad el paz y salvo correspondiente a la autorización de derechos de emisión con el fin de continuar con los mismos (copia f. 21 c.3, copia auténtica f. 10 c. 7, f. 23 c. sin numerar)⁴.

La anterior decisión se tomó, según consta en su parte motiva, con fundamento en que el consejo de programación del canal en su reunión de 23 de agosto de 1990, había estudiado la comunicación enviada vía fax por la firma Productora de Teleprogramas S.A.-Comercializadora Televisa, México, propietaria de los derechos de emisión del programa “Siempre en Domingo”, y de “Univisión”, propietaria de los derechos de emisión de los programas “Sábado Gigante” y “Tv. Mujer”, que el período de vigencia de los contratos respectivos se encontraba vencido sin renovación expresa por parte del interesado y que conforme a lo estipulado en la cláusula segunda, numeral 6º del contrato de cesión de derechos de transmisión suscrito entre Telecaribe y Telemundo es obligación del contratista responder por los derechos de autor que puedan exigirse por el programa cuyos derechos de emisión se ceden.

11) El mismo 24 de agosto de 1990, Telemundo le manifestó a Telecaribe que aceptaba contra su voluntad la decisión anterior, aunque no la compartía, en tanto le causaba daños irreparables a la programadora, porque recién comenzaba la comercialización apoyada en una gran campaña de publicidad a nivel nacional.

Además, solicitó que mientras se solucionaba el *impasse* surgido con Univisión colaborara con la aprobación de los programas sustitutos de “Sábado Gigante” y “Tv. Mujer”, porque respecto del programa “Siempre en Domingo”, con Televisa ya se estaba procediendo a hacer el respectivo contrato.

⁴ Notificada personalmente al representante legal de Producciones Telemundo Ltda. el mismo 24 de agosto de 1990 (f. 22 c.3, f. 11 c.7).

Y concluyó: *“Sentimos lo sucedido y seguiremos luchando para unirnos a sus esfuerzos de cuatro años llenos de sacrificios para hacer de Telecaribe el Canal Regional número uno de Colombia”* (copias f. 23-24 c.3, copias auténticas f. 12-13 c.7, f. 25-26 c. sin numerar).

12) Mediante resolución n.º 207 de 30 de agosto de 1990⁵, proferida por el Gerente de Telecaribe, se autorizó a Telemundo a continuar con la transmisión del programa “Siempre en Domingo”, por cuanto se había acreditado el contrato suscrito con Protelec Inc. de fecha 28 de agosto de 1990 (copia f. 25 c. 3, copia auténtica f. 14 c.7).

13) El 10 de septiembre de 1990, mediante oficio n.º 001487, el Gerente de Telecaribe le pidió a Telemundo remitir las condiciones de costos y manutención del traslado del transmisor del Canal Local 7 de la ciudad de Barranquilla, para presentar al Consejo Directivo Regional su propuesta en este sentido (copia f. 7 c.2, copia auténtica f. 46 c.7, f. 20 c. sin numerar).

14) El 11 de septiembre de 1990, la Gerente de Telemundo dio traslado de la anterior solicitud a la firma Pasatcol Tv Cable, por ser la empresa que hizo la propuesta del montaje del transmisor local 7 y no Telemundo (copia de la comunicación dirigida a Telecaribe en la que informa esa situación a f. 6 c.3, copia auténtica f. 47 c.7, f. 21 c. sin numerar).

15) El 12 de septiembre de 1990, la firma Pasatcol Tv Cable le reconfirmó la propuesta a Telecaribe para el montaje del transmisor local 7 en las instalaciones de dicha empresa, por la suma de \$350.000 mensuales, igual al valor que venían pagando por ese mismo concepto y solicitó analizar el recargo en el consumo de energía en caso de que sea necesario y por mutuo acuerdo (f. 7 c.3, copia auténtica f. 48 c.7, f. 22 c. sin numerar).

⁵ Notificada personalmente al representante legal de Producciones Telemundo Ltda. el 31 de agosto de 1990 (f. 26 c. 3).

16) En comunicación de 24 de septiembre de 1990, Telemundo expresó su inconformidad con la facturación de Telecaribe, pues la consideró injusta, teniendo en cuenta que no se hizo un descuento razonable de las tarifas a todas las programadoras del canal por los daños en la señal, que ocasionaron que fuera pésima y que su cubrimiento en la costa norte de Colombia estuviera en un 35%, lo cual repercutía en la comercialización, dado que los clientes se han abstenido de pautar hasta que se mejore la señal, en especial en Barranquilla, Cartagena y Santa Marta (copia f. 27-29 c.3, copia auténtica f. 16-18 c.7, f. 27-29 c. sin numerar). Por eso, solicitó a los miembros de la junta directiva del canal regional Telecaribe reconsiderar la facturación.

17) El mismo 24 de septiembre de 1990, Telecaribe informó en oficio 001562 a Telemundo que: (i) sometería al consejo directivo de la entidad la decisión de no pago de la factura del mes de agosto de ese año; (ii) se autorizó el traslado de las antenas y equipos de transmisores locales, canal 7, ubicados en RCN a una nueva locación, con las nuevas antenas adquiridas; (iii) se autorizó la propuesta de Pasatcol siempre que el local cumpla con las exigencias técnicas.

Además, aclaró que el daño presentado en las antenas del transmisor local el 10 de agosto de 1990, ocasionado por vientos huracanados que destruyeron la torre RCN, fue superado tres (3) días más tarde cuando se instalaron antenas provisionales en la torre restante de esa emisora; que la señal en VHF fue restaurada el 14 de agosto, tal y como se prueba al obtener la máxima incidencia en la sintonía de los programas de este canal, de acuerdo con los datos del Centro Nacional de Consultoría correspondientes al mes de agosto, y que la señal principal, Canal 29, en UHF había operado en máximas condiciones (copias f. 30-31 c.2, copias auténticas f. 19-20 c.7, f. 30-31 c. sin numerar).

18) El 27 de septiembre de 1990, en misiva (f. 32-34 c.3, copias auténticas f. 21-23 c.7, f. 35-37 c.sin numerar), con copia al Ministerio de Comunicaciones e Inravisión (f. 35-36 c.3, copias auténticas f. 24-25 c.7, f.

32-34 c. sin numerar), Telemundo precisó a Telecaribe sobre la anterior comunicación, entre otros aspectos, que: (i) no había indicado que no pagaría la factura de agosto; (ii) la señal no es óptima, puesto que la torre de RCN antes de caerse era de 40 metros y después de su caída de 15 metros y las antenas son provisionales, todo lo cual no garantiza el cubrimiento que se tenía con anterioridad al vendaval y trajo como consecuencia que bajara al menos en un 35%; y (iii) las mediciones en sintonía descendieron a raíz del daño imprevisible acaecido.

19) En comunicaciones de 26 de septiembre, 5, 8 y 9 de octubre de 1990, enviadas a Telemundo, las programadoras “Coralvisión”, “Artivisual”, “Kris Televisión” y “R G”, respaldaron la iniciativa de solicitud de mejoramiento de la señal y la revisión de la facturación, como consecuencia de la caída de la torre y su incidencia en la transmisión (copias a f. 36-39 c.3, copias auténticas f. 27-30 c.7, f. 38-41 c. sin numerar).

20) El 3 de enero de 1991, Telemundo le contestó por escrito a Telecaribe el requerimiento de pago de la deuda pendiente, en el sentido de que no procedería a efectuarlo hasta tanto no le contestara la solicitud realizada el 24 de septiembre de 1990 al canal, relacionada con la cancelación de las facturas (copia auténtica f. 17 c.2).

21) El 4 de enero de 1991, en oficio J-000047, la Jefe de la Oficina Jurídica de Telecaribe respondió varias comunicaciones de Telemundo en el sentido de que no era procedente acceder a la solicitud de reconsiderar la facturación por derechos de comercialización, tanto por las explicaciones suministradas en el oficio J-0001562 de 24 de septiembre de 1990, como porque una vez sometida al Consejo Directivo, este en forma unánime expresó su preocupación por las constantes y reiteradas muestras de incumplimiento e inconsistencias del contratista Telemundo (caso programas contratados T.V. Mujer y Sábado Gigante) y solicitó elevar las consultas jurídicas externas necesarias, para que, en el caso de no pago de la facturación correspondiente a los meses indicados, se proceda a declarar

la caducidad de los contratos (copia auténtica f. 1 c. 2, copia auténtica f. 31 c.7, f. 42 c. sin numerar).

22) El 5 de febrero de 1991, Telemundo solicitó a Telecaribe un plazo no mayor a 60 días, a partir de esa fecha, para ponerse al día con las obligaciones pendientes (copias f. 42-43 c.3, copias auténticas f. 32-33 c.7, f. 43-44 c. sin numerar).

23) El 4 de marzo de 1991, mediante comunicación DAF-000562 (copia auténtica f. 3-4 c.2, copias auténticas f. 34-35 c.7, f. 45-46 c. sin numerar), el Jefe de la División Administrativa y Financiera de Telecaribe Ltda., le confirmó a la Gerente de Producciones Telemundo que efectivamente estaban atrasados en los pagos así:

<i>FACTURACIÓN VENCIDA</i>	<i>VALOR</i>
<i>Agosto</i>	<i>\$ 6.646.650.00</i>
<i>Septiembre</i>	<i>\$ 6.878.100.00</i>
<i>Octubre</i>	<i><u>\$ 7.773.004.50</u></i>
	<i>\$ 21.297.004.50</i>

Este total, de acuerdo con la carta de febrero 5/91 en la cual solicita un plazo de sesenta (60) días ponerse al día, deberá ser cancelado antes del viernes cinco (5) de abril de 1991, que es el límite de los sesenta (60) días. Existe así mismo el compromiso de ustedes con el (...) Gerente de Telecaribe, de hacer semanalmente abonos sobre estas obligaciones uno de los cuales estaba previsto para el viernes primero (1º) de mayo [marzo]. Sin embargo, hasta la fecha sólo hemos recibido un abono de \$ 3.500.000 a principios del mes de febrero.

24) El 20 de marzo de 1991, Telemundo le manifestó en oficio a Telecaribe que si bien había ofrecido ponerse al día en las cuentas pendientes con el canal, ello estaba basado en los recaudos, y a esa fecha la comercialización de los programas seguía siendo precaria o nula, debido a la mala señal del canal en la ciudad de Barranquilla y otros lugares, sin que se hubiese dado una solución pronta.

Por lo anterior, solicitó una vez más al canal se les cobrara no el valor de la tarifa plena, sino una tarifa de acuerdo a la señal que se estaba ofreciendo en ese momento a sus programadoras, habida consideración que desde

septiembre hasta esa fecha emplearon mucho tiempo para reparar los daños hechos por el vendaval. Finalmente, le recordó a Telecaribe que contaban con una póliza de cumplimiento expedida por una compañía de seguros, para garantizar el pago de sus obligaciones (copia auténtica f. 19 c.2).

25) El 21 de marzo de 1991, mediante escrito, Telemundo al contestar la circular de 20 de marzo de ese año, le solicitó a Telecaribe la cancelación de los espacios contratados, debido a que por la mala señal que presentaba Telecaribe en los lugares a los cuales decía que llegaba, no fue posible la comercialización que le permitiera recuperar los costos de dichos espacios, lo cual imposibilitaba hacer los respectivos pagos a Telecaribe (copia auténtica f. 8 c.2, copias auténticas f. 36 c.7, f. 47 c. sin numerar).

26) El 4 de abril de 1991, el gerente de Telecaribe expidió la resolución n.º 0412⁶, por medio de la cual suspendió los programas “Magazín Notimundo”, “El Show de Mediodía” y “Deportes” del contratista Telemundo de que trata el contrato 058-90.

La anterior decisión se adoptó, de acuerdo con su parte motiva, porque: (i) el contratista se encontraba en mora de más de 90 días en el pago de 8 cuentas (correspondientes a períodos mensuales de agosto a noviembre de 1990 por valor de \$ 17 949 200), situación que permitía hacerlo de acuerdo con la cláusula décima octava del contrato; (ii) se le ha requerido en varias oportunidades sin obtener la cancelación de la deuda, pese a las facilidades concedidas (copias auténticas f. 48-50 y 429-431 c. sin numerar).

27) El 4 de abril de 1991, el gerente de Telecaribe expidió la resolución n.º 0413⁷, por medio de la cual suspendió los programas “Siempre en Domingo” y “Operación Celuloide” del contratista Telemundo, contemplados en el contrato 058A-90.

⁶ Notificada personalmente a Telemundo el 8 de abril de 1991 (f. 431 c. sin asignar número).

⁷ Notificada personalmente a Telemundo el 8 de abril de 1991 (f. 49 c.3).

Esta determinación se tomó, según sus considerandos, porque: (i) el contratista se encontraba en mora de más de 90 días en el pago de \$ 21 603 750 (periodos mensuales de agosto a noviembre de 1990) y por ello había lugar a aplicar lo previsto en la cláusula décima del contrato; (ii) se la había requerido en varias oportunidades sin obtener la cancelación de la deuda, pese a las facilidades concedidas; (iii) que, en consecuencia, había incumplido sus obligaciones contractuales señaladas en las cláusulas segunda, numerales 7 y 9, y quinta del contrato 058A-90 (f. copias 47-49 c. 3, copias auténticas f. 37-39 c.7, f. 426-428 c. sin numerar).

28) En oficio del 17 de abril de 1991, Telemundo le comunicó a Telecaribe que la petición contenida en la carta de 21 de marzo de 1991, quedó sin efecto a partir de la decisión de Telecaribe de suspender los contratos mediante Resoluciones n.º 0412 y 0413 de 1991, *“las cuales acatamos, pero no compartimos”* (copia auténtica f. 21 c.2).

29) El 12 de abril de 1991, la sociedad G&C Ingeniería Ltda., hizo entrega final del estudio sobre el plan de desarrollo para las redes de transmisión y equipos de difusión de Telecaribe, pero que según certificó la entidad demandada *“no refleja la posición oficial del canal regional y que las opiniones allí contenidas son de exclusiva responsabilidad de sus autores, los cuales fueron contratados directamente por el Corpes de la Costa Atlántica”* (copias f. 25-240 c.2, 1-56 y vto. c.5, f. 35-36- c2. f. 14-56 c.5, encuesta sobre cubrimiento y calidad de la señal de Telecaribe, copias auténticas f. 1-278-409 c.2). Dicho estudio expresa:

2.3. Calidad de la señal: La calidad de la señal es uno de los mayores retos que afronta actualmente Telecaribe y del cual depende en gran medida su definitiva consolidación. Es de señalar que a pesar de que se está cubriendo una amplia zona de la región, en bastantes localidades y, aún, en algunas ciudades capitales, la calidad de la señal recibida es bastante deficiente, lo cual refleja en la práctica un cubrimiento significativamente menor al esperado debido a que este hecho disuade al televidente de sintonizar el canal regional. Se presenta también el caso de que los transmisores utilizados en las ciudades capitales la señal es llevada a banda base ocasionando esto una desmejora sensible de la calidad de la señal debido a que se involucra en este proceso el conocido “efecto aditivo” de ruido y distorsión. La encuesta antes mencionada, revela que

aproximadamente una población cercana al 55.4%, recibe buena calidad de la señal, un 25.1% calidad regular y un 19.5% no recibe o recibe con mala calidad.

30) El 18 de julio de 1991, mediante resolución n.º 1227, la entidad demandada declaró la caducidad del contrato de cesión de derechos de emisión 058A-90, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del Decreto 222 de 1983; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pactada (decimoctava), la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguros; y ordenó la liquidación del contrato⁸.

Como fundamento de la decisión, argumentó, entre otros aspectos, que: (i) la contratista había incurrido en mora de más de noventa (90) días en el pago por concepto de derechos de comercialización, y que pese a los múltiples requerimientos que se le habían formulado “*el estado actual de la deuda con el canal, por concepto de derechos de comercialización, VTR e intereses de mora derivados del contrato en mención, asciende a la suma de \$25.626.847,76...*”; (ii) la cláusula decimonovena del contrato en referencia establecía como causal de caducidad el incumplimiento de las obligaciones contraídas o si se presentaren las causales previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983; y (iii) el incumplimiento del contratista afectaba negativamente la prestación del servicio público de televisión a cargo de Telecaribe (copia auténtica f. 52-54 c.7).

31) El mismo 18 de julio de 1991, mediante resolución n.º 1228, la entidad pública declaró la caducidad del contrato de producción n.º 058-90, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del Decreto 222 de 1983; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pactada, la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguros; y ordenó la liquidación del contrato⁹.

En apoyo de la decisión, invocó, entre otros aspectos, que: (i) la contratista había incurrido en mora de más de noventa (90) días en el pago por concepto de derechos de comercialización, y que pese a los múltiples

⁸ Notificada personalmente a Telemundo el 19 de julio de 1991 (f. 54 c.7).

⁹ Notificada personalmente a Telemundo el 29 de julio de 1991 (f. 81 c. sin asignar número).

requerimientos que se le habían formulado “*el estado actual de la deuda con el canal, por concepto de derechos de comercialización, VTR e intereses de mora derivados del contrato en mención, asciende a la suma de \$52.861.024,34,...*”; (ii) durante el término de ejecución del contrato la empresa contratista solo pagó la suma de \$3 500 000 oo; (iii) la cláusula vigésimo segunda del contrato en referencia establecía como causal de caducidad el incumplimiento de las obligaciones contraídas o si se presentaren las causales previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983; y (iii) el incumplimiento del contratista afectaba negativamente la prestación del servicio público de televisión a cargo de Telecaribe (copia auténtica f. 78-80-416-424 c. sin asignar número).

32) El 13 de agosto de 1991, Telemundo presentó recursos de reposición contra las anteriores resoluciones en las que se declaró la caducidad de los contratos 058A-90 y 058-90, dado que, a su juicio, la medida no procedía por incumplimiento del contrato por acción y omisión imputable a Telecaribe y por la ruptura del equilibrio financiero del contrato (f. 179-182-408-415 c. sin numerar).

33) El 13 de noviembre de 1991, en resoluciones 1531 y 1532¹⁰, expedidas por el gerente de Telecaribe al resolver los recursos de reposición interpuestos por Telecaribe y Seguros Bolívar (f. 400-406 c. sin numerar) contra las resoluciones 1227 y 1228 de 1991, en las que se declaró la caducidad de los contratos 058A-90 y 058-90, la entidad decidió confirmarlas en todas sus partes, teniendo en cuenta que: (i) la aseguradora no es parte del contrato sino garante del mismo y debió ejercer su función de vigilancia de control del riesgo asegurado; (ii) Telecaribe no dio aviso a la aseguradora de la suspensión del contrato, por cuanto tal medida no afectaba la póliza ni tenía consecuencias pecuniarias y, además, la declaratoria de caducidad fue por un aspecto distinto, esto es, el incumplimiento total en que incurrió el contratista luego de la suspensión; (iii) no existe incumplimiento de Telecaribe de prestar el servicio de emisión

¹⁰ Notificadas personalmente a Seguros Bolívar el 13 y 20 de noviembre de 1991 y a Telemundo por edicto fijado el 25 de noviembre de 1991 y desfijado el 28 del mismo mes y año (f. 377-385 c. sin asignar número).

de la señal de televisión en la forma contratada, dado que si bien existió una falla por la caída de la antena esta se solucionó y nunca se dejaron de emitir los programas, pues se hizo en la frecuencia UHF en Barranquilla y en la frecuencia VHF en las demás de carácter local; (iv) durante el período en que se alude a la imposibilidad de comercializar por fallas en la señal, las demás programadoras tuvieron un proceso de comercialización de sus espacios acorde con su gestión comercial; (v) la excepción de contrato no cumplido no puede entenderse como la posibilidad de mantenerse Telemundo como contratista sin atender sus obligaciones de pago e incluso negándose públicamente a hacerlo (f. 378-385 c. sin numerar).

34) El 29 de mayo de 1992, mediante comunicaciones G-001578 y G-001579, Telecaribe, solicitó a Seguros Comerciales Bolívar, el pago del valor máximo asegurado en las pólizas n.º 26105 y n.º 26104 que amparaban el incumplimiento de los contratos 058/90 y 058A/90, equivalente a las sumas de \$29 226 650 y \$38 533 727 76, respectivamente, y según lo dispuesto en las Resoluciones 127 y 128 de 18 de julio de 1991 (f. 333-334 c. sin asignar número).

35) El 24 de febrero de 1992, el gerente y el jefe de la oficina jurídica de Telecaribe expedieron las resoluciones 0118 y 0119¹¹ en las que se aprobaron las actas contentivas de las liquidaciones de los contratos 058-90 y 058A-90, ordenando el pago de las sumas de \$ 38 533 727 76 y \$ 64 551 684 34 a cargo de Telemundo (f. 355-356, 358-359 c. sin numerar).

36) El 24 de abril de 1992, el gerente de Telecaribe expidió las resoluciones 0211 y 0212, mediante las cuales resolvió los recursos de reposición presentados por Telemundo Ltda. contra las Resoluciones 0118 y 0119 de 24 de febrero de 1992 (f. 341-346 y 334-339 c. sin asignar número), en las que se aprobaron las actas de liquidación de los contratos 058-90 y 058A-90 (f. 365-372 *idem*, con objeciones por parte de la contratista,

¹¹ Notificadas personalmente a Telemundo el 12 de marzo de 1992 (f. 357-360 c. sin asignar número).

fundamentadas en los hechos materia de las demandas acumuladas en este proceso), en el sentido de confirmar la decisión en ellas contenidas¹².

Igualmente, en Resolución 0210 de 24 de abril de 1992, la gerencia de Telecaribe confirmó las mismas resoluciones contentivas de las mencionadas liquidaciones, al resolver el recurso de reposición (f.361-362 *eiusdem*) formulado contra ellas por Seguros Comerciales Bolívar (f. 348-353 *ídem*)¹³.

IV. Análisis de la Sala

Régimen legal aplicable a los contratos 058/90 de cesión derechos de transmisión y 058A/90 de producción

7. Como aspecto inicial en el análisis del *sub lite* resulta fundamental adelantar el examen acerca de la naturaleza y normativa aplicable a los contratos fuente del mismo, para lo cual es menester indagar el régimen legal contractual al que estaban sometidos, dada la naturaleza jurídica de la entidad pública -Telecaribe Ltda.- que los suscribió.

En efecto, como arriba se anticipó, una de las partes de los contratos 058/90 y 058A/90 es Telecaribe Ltda., asociación de derecho público del orden nacional, organizada como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada para ese entonces al Ministerio de Comunicaciones¹⁴, y creada para la prestación del servicio de televisión pública en los departamentos de la Costa Atlántica con programas de

¹² Notificadas personalmente a Telemundo el 29 de abril de 1992 (f. 340-347 c. sin asignar número).

¹³ Notificada personalmente a Telemundo el 29 de abril de 1992 (f. 353 c. sin asignar número).

¹⁴ Según el certificado de fecha 20 de noviembre de 1995 expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (f. 145 a 148 c. 3), fue constituida mediante escritura pública número 875 otorgada en la Notaría Única de Valledupar, el 28 de abril de 1986, y por escritura pública número 1408 de 12 de julio de 1986 bajo la denominación social “Sociedad Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica-TELECARIBE LTDA.” Para aquella época figuraban como socios el Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION), el Fondo para la Educación Superior Oficial, la Recreación y el Deporte del Atlántico-FESORD, el Instituto para el Desarrollo de Sucre, el Instituto de Cultura del Magdalena, la Corporación Departamental de Turismo de la Guajira, la Universidad de Cartagena y el Instituto de Desarrollo de Córdoba: <http://www.telecaribe.com.co/>.

carácter educativo, cultural, informativo y recreativo, en las frecuencias asignadas.

La creación de los canales regionales de televisión para los diversos departamentos y regiones del territorio colombiano, fue autorizada por el Decreto 3100 de 1984, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 42 de 1985¹⁵, con el objeto de cumplir una función preferentemente cultural. Dicho decreto estableció que los mismos son sociedades que pertenecen al orden nacional, sometidas al control de Inravisión y deben regirse por las disposiciones establecidas por la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado. Con miras a su establecimiento se facultó a Inravisión para asociarse con entidades descentralizadas de los órdenes nacional, departamental, municipal, comisarial e intendencial. Debe resaltarse el hecho de que el Decreto 3100 de 1984, tanto en sus consideraciones como en su parte resolutive, fue muy claro al establecer que las cadenas o canales regionales de televisión que se constituyan, deberán cumplir una función preferencialmente cultural¹⁶.

¹⁵ Modificada por la Ley 14 de 1991 que en su artículo 1º dispuso que para la explotación del servicio público de televisión se podría contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente Ley; a tiempo que en su artículo 22 definió la naturaleza jurídica de las organizaciones regionales de televisión, figura en la cual se reorganizaron los canales regionales y al efecto dispuso que las organizaciones regionales de televisión son entidades asociativas de derecho público del orden nacional organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y constituidas mediante la asociación de Inravisión con entidades de derecho público de los diferentes órdenes territoriales debidamente autorizadas para el efecto.

De acuerdo con el artículo 37 *eiusdem* el servicio de televisión, podía ser prestado las entidades estatales autorizadas: (i) en forma directa, mediante la programación, emisión y transmisión de canales de carácter educativo y cultural, denominados canales de interés público o mediante la programación, emisión y transmisión de programas en espacios reservados para su gestión directa o por cuenta de otras entidades de derecho público; o (ii) mediante contratos en régimen de concesión o de contratos para la elaboración de programas, los cuales serían otorgados exclusivamente a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose las entidades estatales concedentes la función de emisión y transmisión de las señales de televisión, así como el control posterior de la programación que originan los particulares en virtud de la concesión. El régimen de concesión es el que se señala en esta ley para cada clase de entidad pública y los contratos se sujetarían, en lo pertinente, a las disposiciones de la contratación administrativa.

Es de anotar que el nombre, objeto, y funciones del Ministerio de Comunicaciones fueron redefinidos por los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 1341 de 2009 y que el Decreto 3550 de 2004 suprimió el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión y ordenó su disolución y liquidación. Luego los canales regionales se vincularon a la Comisión Nacional de Televisión [hoy suprimida por el Acto Legislativo 02 de 2011, declarado exequible según sentencia C 170 de 2012] y el Ministerio de Comunicaciones asumió la calidad de socio que detentaba Inravisión. La CNTV fue reemplazada por la Autoridad Nacional de Televisión (Leyes 1507 de 2012 y 1607 de 2013).

¹⁶ *Vid.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 15 de septiembre de 1986, C.P. Gonzalo Suárez Castañeda, radicación n°. 049.

Ahora bien, las empresas industriales y comerciales del Estado, categoría en la que se encuadra Telecaribe Ltda.¹⁷, fueron definidas por el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968¹⁸ como “*organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley*”, y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

El Decreto 3130 de 1968¹⁹, norma vigente cuando se celebraron los contratos del *sub lite*, consagraba en su artículo 31:

Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.

De otra parte, el artículo 34 de la misma normativa disponía:

Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.

El sometimiento de estas entidades públicas a las normas del derecho privado, como lo señaló esta Sección en otras oportunidades²⁰, se

¹⁷ El Decreto 3100 de 1984 en su artículo 5º dispuso que las sociedades cuya constitución se autoriza, pertenecerán al orden nacional y se regirán por las disposiciones establecidas para las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, por sus estatutos y reglamentos.

¹⁸ Norma vigente para la época de celebración del contrato; posteriormente fue expresamente derogada por la Ley 489 de 1998.

¹⁹ El artículo 121 de la Ley 489 de 1998, derogó expresamente el Decreto 3130 de 1968.

fundamenta en *“la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”*, de tal manera que *“sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes”*.

Igualmente, para la época de celebración del contrato que dio lugar a este proceso, se encontraba vigente el Decreto Ley 222 de 1983, cuyo artículo 1º determinó el campo de aplicación de sus normas, estableciendo que *“[a] las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades”*.

Así sucedía, además de las normas de ese estatuto relativas a los contratos de empréstito y de obras públicas, verbigracia, con la contenida en el artículo 169 *ejusdem*, que ordenaba a las entidades descentralizadas, y entre ellas a las empresas industriales y comerciales, obtener el concepto previo de la Presidencia de la República cuando fueran a celebrar contratos de prestación de servicios.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, exp. 13414.

La exclusión de este tipo de entidades del ámbito de aplicación del estatuto contractual previsto en el Decreto Ley 222 de 1983, se confirma en su artículo 254 en el que claramente se establecía que “[s]alvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este decreto sino los usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero”.

De otra parte, el Decreto Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de que hubiera contratos de derecho privado de la administración en los que se incluyera la cláusula de caducidad (parágrafo del artículo 17), pero, como lo advirtió la jurisprudencia, dicho estatuto se refería a los contratos que clasificaban en esta forma -de derecho privado- y que fueran celebrados por las entidades públicas que se hallaban sujetas a sus disposiciones, es decir, *“aquellas relacionadas en el campo de aplicación del Decreto 222, artículo 1º, distintas de las empresas industriales y comerciales del Estado, a las cuales, se reitera, no se les aplicaban las normas del Decreto 222 de 1983; en consecuencia, estas disposiciones no podrían interpretarse como una facultad dada a tales entidades descentralizadas, para incluir en todos sus contratos la cláusula de caducidad”*²¹ (subraya la Sala).

Por consiguiente, en principio, con excepción de los contratos de empréstito y obra pública celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, que tenían la naturaleza de administrativos y en los cuales la caducidad se incorporaba, en los demás contratos celebrados por esas entidades y regidos por el derecho privado, con el Decreto 222 de 1983 desapareció la competencia para pactar la cláusula de caducidad que venía siendo otorgada por el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, actor: Sociedad Tronix Ltda. C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, exp. 13414.

Sin embargo, cabe anotar que en relación con Telecaribe, el Decreto 3641 de 1986²², al regular el régimen jurídico de los actos y contratos, dispuso en su artículo 27 que los contratos que celebre la sociedad para el desarrollo de sus actividades no están sujetos a los requisitos y formalidades establecidos para los de la Nación, salvo en aquellos casos previstos en el Decreto Ley 222 de 1983.

A su vez, el artículo 28 *eiusdem* estableció que de las controversias a los contratos administrativos y los de derecho privado en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad, conocerá la jurisdicción de lo contencioso administrativo²³.

En consonancia con este mandato, la Resolución n.º 2896 de 1988, emanada del Ministerio de Comunicaciones, por la cual se establece el régimen de contratación de la programación en los canales regionales de Televisión, prescribió que los contratos de que tratan los numerales 2º y 3º del artículo 65 de la Resolución 2683 de 1986²⁴ y 3º del artículo 2º de la Resolución 3888 de 1987²⁵ son contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión y que mediante

²² Por el cual se aprueban los estatutos de Telecaribe.

²³ La Ley 14 de 1991, en su artículo 42, dispuso que cuando las empresas industriales y comerciales del Estado autorizadas para prestar el servicio de televisión a nivel regional no lo realizaran directamente, podían celebrar contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción, para la elaboración de su programación, con personas naturales o jurídicas profesionalmente dedicadas a ello, los cuales se someterían al régimen de contratación administrativa del orden nacional que fuere pertinente.

En particular, la norma en cita ordenó la adjudicación de estos contratos, por regla general, mediante licitación pública y los catalogó como administrativos, razón por la cual debían pactarse las cláusulas obligatorias consagradas en el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983, incluidas las relativas a la caducidad y por ello estarían sometidos a los principios de modificación, interpretación y terminación unilateral por parte de la administración, así como a la facultad de esta para imponer multas y la suspensión del contrato en caso de incumplimiento de las condiciones de contratación o violación de los reglamentos de programación, que a juicio de la entidad no ameritaran la declaratoria de caducidad. No obstante, la Ley 14 de 1991 guardó silencio respecto de los contratos de comercialización de espacios de televisión que celebraran las organizaciones regionales de televisión con empresas especializadas, cuando no se hubiese cedido este derecho a los respectivos contratistas de programas de televisión (*Cfr.* Consejo de Estado Sección Tercera-Subsección B, sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

²⁴ “*Por la cual se expide el reglamento de programación de los Canales Regionales de Televisión*”, expedida el 4 de julio de 1986 por el Ministerio de Comunicaciones, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 2º, literal c) y g) del Decreto 129 de 1976 y el parágrafo del artículo 5º de la Ley 42 de 1985.

²⁵ “*Por medio de la cual se sustituyen los artículos 16 y 26 de la Resolución 2683 del 4 de julio de 1986*”, expedida el 21 de octubre de 1987 por el Ministerio de Comunicaciones, en desarrollo de lo prescrito por el artículo 2º, literal c) y g) del Decreto 129 de 1976, el parágrafo del artículo 5º de la Ley 42 de 1985 y el Decreto 3100 de 1984.

esos contratos los Canales de Televisión estaban autorizados para emitir programas de televisión que no hayan sido producidos o adquiridos por ellos en forma directa y en su totalidad.

En particular, el artículo 4º de la resolución en cita previó que mediante el contrato de cesión de derechos de emisión adquiere el Canal el derecho de emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará cedente de derechos de emisión, sin que se radique en cabeza del Canal la propiedad de los programas así contratados.

Igualmente, el artículo 5º *eiusdem* estableció que los contratistas de programación del Canal “*darán estricto cumplimiento a las disposiciones legales existentes en materia de propiedad intelectual*”. Al efecto previó que el Canal podía exigir a los contratistas, en la presentación de la ficha técnica de los programas o posteriormente, los comprobantes de pago de los derechos de propiedad intelectual de los programas que transmitan, los cuales serán expedidos por la organización u organizaciones habilitadas por la ley para recaudarlo, o, en su defecto, por el titular de estos derechos que no esté afiliado a organización alguna.

En cuanto al régimen de contratación, el artículo 10 de la resolución en cita, previó que en los contratos de que trata ese acto administrativo deberá pactarse, además de la cláusula de finalidad del servicio público de televisión, la cláusula de caducidad y las cláusulas obligatorias consagradas en el Decreto Extraordinario 222 de 1983, así como los principios de modificación, terminación e interpretación unilateral por parte del Canal contratante. Agregó que de los litigios derivados de estos contratos conocería la jurisdicción contencioso administrativa²⁶.

²⁶ En punto de los procedimientos de contratación, el artículo 6º *ibidem* dispuso que los contratos de cesión de derechos de emisión que se celebren con entidades o personas de derecho privado, se adjudicarán mediante el procedimiento del Concurso de Méritos, el cual era reglamentado por el respectivo Consejo Regional de Televisión.

Por consiguiente, se concluye que los contratos 058/90 de cesión derechos de transmisión y 058A/90 de producción, sobre los cuales versa el litigio en examen, son de carácter administrativo, de suerte que Telecaribe (canal regional) estaba revestida de ciertos poderes exorbitantes (modificación, interpretación, terminación unilateral, caducidad, multas y suspensión) para el cabal cumplimiento de su objeto y de las finalidades generales perseguidas con el mismo.

La legalidad de la Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990

8. A través de la Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990, Telecaribe suspendió de manera temporal la transmisión de los tres programas a que hace referencia el contrato 058A/90, esto es, “Sábado Gigante”, “Siempre Domingo” y “Tv Mujer”.

9. Según la actora el citado acto administrativo adolece de ilegalidad porque se expidió: (i) sin competencia por parte de Telecaribe, (ii) con desconocimiento de su derecho de defensa y (iii) con falsa motivación, dado que no se incurrió en infracción al contrato.

10. En cuanto al primer cargo, el actor adujo que Telecaribe suspendió los programas “Sábado Gigante”, “Tv Mujer” y “Siempre en domingo” sin tener facultades contractuales, estatutarias o legales para hacerlo con fundamento en que no había cumplido sus obligaciones relacionadas con los derechos de emisión (autor) sobre los mismos, no obstante que sí los tenía respecto de los dos primeros programas *“en virtud de la prórroga de los contratos suscritos entre Pasatcol y Univisión (...)”*, pues si bien *“se encontraba en mora en relación con tres mensualidades adeudadas a Univisión, (...) ello no desvirtúa en manera alguna la existencia y vigencia de los derechos de emisión legítimamente adquiridos”*.

Al efecto, conviene anotar que la competencia hace relación a la facultad que tiene un funcionario u órgano para ejercer función administrativa en una materia y dentro de cierto tiempo y ámbito territorial. Es el poder de conocer,

gestionar y ejercer autoridad administrativa en ciertos asuntos, dentro de “...la esfera de atribuciones de los entes o órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer...”²⁷.

La competencia, entonces, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 2, 6, 121 y 122 C.P.). Como expresión del principio de legalidad²⁸, la competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable, y está asignada por el ordenamiento jurídico en razón a criterios o factores, entre los que se destacan: (i) la materia (*ratio materiae*), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; (ii) el territorio (*ratio loci*), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; (iii) el tiempo (*ratio temporis*), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; (iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y (v) el sujeto (*ratio personae*), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad.

En este sentido, se puede afirmar que los actos administrativos están ajustados a la ley cuando han sido proferidos por una autoridad pública u órgano dentro del marco de las atribuciones asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, esto es, en el ámbito de su competencia; en contraste, están viciados por una causal de nulidad declarable por el juez

²⁷ DROMI, Roberto, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 2000, pp. 35 y ss.

²⁸ Por cuya virtud, “la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (*De Laubadère*), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (*Rivero*). De modo que la Administración actúa *secundum legem* en tanto actividad estatal sub-legal (*Marienhoff*)”: “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en AAVV, *El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Temis, 2010, pp. 481 y ss.

administrativo “...cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes...” (art. 86 C.C.A.), es decir, sin facultades para actuar administrativamente o por fuera de las reconocidas por aquellas preceptivas a los funcionarios u órganos públicos.

En el caso concreto, como se indicó, el contrato 058A/90, dado su carácter administrativo, se rige por las disposiciones del régimen de contratación administrativa. Por tanto, este tipo de contratos está sujeto al ejercicio del poder de dirección, control y vigilancia por parte de Telecaribe Ltda. para su cabal cumplimiento, en el entendido de que el contratista es un colaborador suyo en el logro del cometido estatal y del interés general que se busca con la contratación. De ahí que el orden jurídico le atribuye a dicho ente potestades exorbitantes de diversa índole que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan de los contratos que celebre, entre otras, las de imponer multas y suspender el contrato en caso de incumplimiento, de acuerdo con lo previsto por el artículo 10º de la Resolución n.º 2896 de 1988, por la cual se establece el régimen de contratación de la programación en los Canales Regionales de Televisión, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, tal y como ya se explicó.

En armonía con lo anterior, el pliego de condiciones del concurso de méritos que dio lugar a la celebración del contrato, esto es, el Acuerdo 044 de 1990, el cual hace parte del contrato 058A/90, según su cláusula 24, estableció en el literal b. del numeral 8.12., que *“TELECARIBE podrá suspender los programas contratados (...) B. Cuando exista violación de la finalidad del servicio público de televisión, prevista en el artículo 208 del decreto ley 222 de 1983 y en el artículo 6 de la ley 42 de 1985, la Constitución Nacional y la leyes...”*

11. Ahora bien, el objeto del contrato 058A de 1990, era la cesión de los derechos de transmisión de los programas “Operación Celuloide”, “Sábado Gigante”, “Siempre Domingo” y “Tv Mujer”, de manera que el contratista para su cabal cumplimiento debía responder por los derechos de autor que puedan exigirse de los citados programas cuyos derechos de emisión se

ceden, tal y como quedó estipulado en los numerales 1, 2 y 7 de la cláusula segunda del mismo.

Además, en la cláusula undécima se estableció que el contratista garantizaba a Telecaribe que los programas producidos o las series sobre las cuales cedía los derechos de transmisión se encontraban a paz y salvo por concepto de derechos de autor, y a indemnizar al canal por los perjuicios que eventualmente pueda sufrir.

En esta misma dirección, el artículo 5 de la Resolución n.º 2896 de 27 de junio de 1988 del Ministerio de Comunicaciones, que establecía el régimen de contratación de la programación de los canales regionales, consagraba la obligación de dar estricto cumplimiento a las disposiciones legales en materia de propiedad intelectual y atribuía la facultad para que los canales exigieran la prueba de pago correspondiente a esos derechos²⁹.

En suma, es claro que el contrato 058A de 1990 y las obligaciones que emanaban del mismo implicaban la cesión de derechos de emisión a favor de Telecaribe Ltda. que el contratista tenía o debía tener sobre los programas, so pena de incumplimiento del objeto contractual.

12. Así las cosas, considera la sala que, contrario a lo sostenido por el impugnante, le asiste razón al *a quo* cuando concluyó que la Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990 no incurrió en ninguna de las causales previstas en el 84 del C.C.A. para la invalidez de los actos administrativos.

En efecto, Telecaribe, por una parte, gozaba de facultades para suspender unilateralmente la emisión de los programas en caso de incumplimiento de las condiciones de contratación o cuando existiera violación de las leyes con fundamento en la Resolución n.º 2896 de 1988 del Ministerio de

²⁹ “Artículo 5. Derechos de autor y propiedad intelectual. Los contratistas de programación del Canal darán estricto cumplimiento a las disposiciones legales existentes en materia de propiedad intelectual. El canal podrá exigir a los contratistas, en la presentación de la ficha técnica de los programas o posteriormente, los comprobantes de pago de los derechos de propiedad intelectual que transmitan en los programas, los cuales serán expedidos por la organización u organizaciones habilitadas por la ley para recaudarlo, o, en su defecto, por el titular de estos derechos que no esté afiliado a organización alguna.”

Comunicaciones, el literal b. del numeral 8.12. del Acuerdo 044 de 1990, que hace parte integral del contrato 058A de 1990. De otro lado, el contratista no acreditó el cumplimiento de la obligación de estar a paz y salvo por concepto de derechos de emisión de los programas contratados, materia de cesión.

13. Tal y como quedó demostrado, Telecaribe Ltda. le solicitó a Telemundo en comunicación DPE 001310 de 17 de agosto de 1990 la remisión de las autorizaciones para emitir los programas objeto del contrato 058 A de 1990, lo anterior en atención a que en el “Foro de Comunicaciones” celebrado en Bogotá, *“varios programadores de las cadenas nacionales, denunciaron que por Telecaribe se estaban emitiendo programas enlatados sin el pago de los respectivos derechos”*; ante lo cual en oficio de la misma fecha, Telemundo respondió y anexó copias de dos contratos celebrados en idioma inglés entre Pasatcol Tv. Cable y Univisión de Estados Unidos e indicó que los mismos se habían prorrogado hasta el 20 de enero de 1991, razón por la cual no entendía entonces porqué el fax de Univisión señalaba que no tenía derechos para los programas “Sábado Gigante” y “Tv. Mujer”. Agregó que quizás se debió a que estaban atrasados en tres mensualidades con dicha empresa.

Dice el recurrente que Telemundo sí tenía los derechos de emisión, habida cuenta que había suscrito un convenio con la empresa Pasatcol, quien a su vez tenía los derechos sobre estos programas por convenio suscrito con Univisión. Aduce que ello quedó acreditado con los siguientes documentos: (i) la comunicación de fecha 4 de julio de 1990, suscrita por Pasatcol y Producciones Telemundo y que expresamente dice que: *“certificamos que en la fecha hemos contratado con Producciones Telemundo Limitada, programadora del canal regional Telecaribe, la emisión de los programas Sábado Gigante y Tv. Mujer, de los cuales tenemos derechos de Univisión para ser explotados en sociedad por esta Programadora a través de Telecaribe”*; (ii) los contratos o convenios celebrados entre Univisión y Pasatcol, contratos n.º 89/024 y 89/025. Agregó que era menester que el sentenciador devolviera el asunto a la sala de origen para la práctica de una

prueba relacionada con dichos contratos, e incluso procedía su decreto de oficio para evacuarla en esta instancia, en aras de subsanar esta falencia por el Consejo de Estado.

La Sala insiste en que de conformidad con lo prescrito por la Resolución n.º 2896 de 1988 expedida por el entonces Ministerio de Comunicaciones, mediante el contrato de cesión de derechos de emisión adquiere el Canal el derecho a emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado que para los efectos contractuales se denomina cedente de derechos de emisión, *“sin que se radique en cabeza del Canal la propiedad de los programas así contratados”*. Según la disposición en cita, *“los programas cuyos derechos de emisión se ceden al Canal por medio de esta modalidad contractual podrán ser, en cuanto a su origen de producción regional, nacional o extranjera”*³⁰.

A su vez, el artículo 5º *eiusdem* dispuso que *“los contratistas de programación del Canal darán estricto cumplimiento a las disposiciones legales existentes en materia de propiedad intelectual”*. Y al efecto previó que *“[e]l Canal podrá exigir a los contratistas, en la presentación de la ficha técnica de los programas o posteriormente, los comprobantes de pago de los derechos de propiedad intelectual que transmitan en los programas”* (copia f. 130-133 c.3 y 178-183 c.6 y 114-119 c. sin asignar número).³¹

13. Ahora, como indicó el *a quo*, el contrato que pretende exhibirse como fundamento de los “derechos de transmisión” está suscrito entre Pasatcol

³⁰ Con arreglo a lo prescrito por el artículo 71 de la Resolución n.º 2683 de 1986, por la cual se expide el reglamento de programación de los Canales Regionales de Televisión, los programas según su carácter se clasifican en (i) Informativos; (ii) Recreativos; (iii) Institucionales; (iv) Didácticos y (v) Culturales y científicos. Los programas “recreativos” a su vez se clasificaban según su modalidad en: Deportivos, de concurso, humorísticos, musicales, dramatizados unitarios y por capítulos, largometrajes, teatro, variedades y revista.

³¹ De otro lado, aunque no resulte aplicable al *sub lite* -por virtud de lo prescrito en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887- es menester destacar que conforme al artículo 30 del Decreto 930 de 1993, por el cual se aprobó el Acuerdo n.º 125 de 1992 del Consejo Directivo Regional de Televisión de Telecaribe, los contratos que celebre la entidad para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales se rigen, entre otras disposiciones, por las normas atinentes a la cesión de los derechos de emisión, producción y coproducción (copia f. 185-197 c.7).

Tv Cable y Univisión de Estados Unidos, lo cual descarta que pueda ser esgrimido como fundamento para la transmisión de los programas entre el accionante (que no es Pasatcol Tv Cable sino Telemundo Ltda.) y Telecaribe.

En otros términos, no bastaba con acreditar que los contratos entre Univisión y la firma Pasatcol se encontraban prorrogados, pues es claro que el contratista de la entidad no era Pasatcol sino Telemundo, pero aun admitiendo en gracia de discusión que se tuviera por tal, las prórrogas sólo se dieron hasta marzo de 1990, lo que da cuenta que estaba en mora por los meses de marzo a agosto de ese año.

14. Adicionalmente, aun admitiendo hipotéticamente que este negocio jurídico pudiera esgrimirse como soporte de sus derechos de transmisión, lo cual descarta la Sala, se advierte que la existencia de un contrato entre Pasatcol y Telemundo no puede ser acreditada, como pretende el recurrente, con una mera certificación del primero.

En el derecho colombiano la transferencia de los derechos de autor debe realizarse siempre por contrato de cesión y transferencia que incluya los términos y condiciones en que se transfiere el derecho. Este documento debe constar en escritura pública o en documento privado debidamente reconocido ante notario público y, en ambos casos, debe ser registrado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor competente, para que sea oponible a terceros y para efectos de publicidad. Conviene no perder de vista que en relación con los derechos morales, la Corte constitucional, los ha calificado como verdaderos derechos fundamentales³².

La Sala pone de presente que el artículo 671 del Código Civil establece que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores y que esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales. En vigencia del anterior orden fundamental, la Carta en su artículo 35, originario de la

³² Corte Constitucional, sentencia C155 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo.

Constitución de 1886³³, preveía que la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, era protegida por el tiempo de vida del autor y ochenta años más, “mediante las formalidades que prescriba la ley”.

En perfecta congruencia con estos mandatos, la Ley 23 de 1982 contiene la regulación de los derechos de autor, tanto de naturaleza patrimonial como moral. Gozan, pues, de protección legal ese tipo de bienes incorporeales de carácter singular, que comprenden –por supuesto- creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera sea su destino. Y los titulares de esos derechos (autor o derechohabientes) tienen la facultad de transferir, esto es, trasladar ceder, disponer, enajenar o negociar el aspecto patrimonial de esos derechos intelectuales (su faceta moral es perpetua, inalienable e irrenunciable). Cesión que entraña la transmisión del derecho³⁴.

En efecto, los derechos de propiedad intelectual son esencialmente transmisibles y el titular de los mismos puede hacer uso de esa transmisión para obtener rendimientos derivados de su explotación económica. Al respecto, Barberán Molina anota que la transmisión que:

(...) se materializa a través de múltiples relaciones jurídicas, dependiendo del uso que se quiera hacer de los mismos, interviniendo a su vez, un gran número de agentes e intermediarios, generándose una cadena de tipo complejo (...) [d]esde un punto de vista terminológico, a veces nos encontramos con la palabra ‘transmisión de derechos’, en otras ocasiones se habla de ‘venta’, a veces se utiliza la palabra ‘cesión’ y, por influencia del derecho anglosajón y de la industria del software, cada vez se encuentra más el término ‘licencia’. Personalmente, y exceptuando el mundo de las artes plásticas, no veo adecuado la utilización de la palabra venta, por lo que se podrán utilizar de manera indistinta las demás

³³ La protección constitucional de los derechos de autor se confunde con la génesis misma de nuestra república. Así aparece por primera vez en la Constitución de Cundinamarca de 1811 y en el marco de las Cartas de diámetro nacional mereció referencia en los textos fundamentales de 1858 y 1863.

³⁴ Cfr. CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 110 y OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1963, p. 122.

*(...) En cualquier caso, desde ahora llamaremos cedente a quien cede el derecho (...) y cesionario a quien recibe la cesión (...)*³⁵.

Ahora bien, toda transferencia, vale decir, traslado, cesión, disposición, negociación o enajenación de la faceta patrimonial de esos derechos, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, preceptiva de carácter imperativo vigente para la época de los hechos, debía hacerse por escritura pública o en documento privado reconocido ante notario.

En efecto, la norma en cita prescribe de manera diáfana que el acto de enajenación³⁶ (no sólo comprende la venta, sino toda forma de traspaso o cesión del derecho) es solemne, así:

El acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total debe constar, pues, en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley.

Consultada la historia fidedigna del establecimiento de este precepto (*ocassio legis*), se encuentra que para el legislador merecía especial mención lo relativo a la transmisión de los derechos de autor a terceros, por lo cual le dedicó un capítulo especial y al hacerlo dejó en claro que debía hacerse “*mediante escritura pública, o en documento reconocido por notario*”³⁷.

El canon legal en comento, por demás, resulta coherente con la Carta de 1991 que en su artículo 61 prescribe que atañe al Estado proteger la

³⁵ BARBERÁN MOLINA, Pascual, *Manual práctico de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 106. De manera que estos derechos pueden ser transmitidos por acto entre vivos, tales como cesión o venta, donación, préstamo u otros y, asimismo, pueden ser transmitidos por causa de muerte mediante la herencia, el legado o cualquier disposición testamentaria, *Cfr.* GOLDSTEIN, Mabel, *Derechos de Autor*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 1995, p. 131.

³⁶ “*Alienatio est omnis actus per quem dominium transfertur*”, enajenación es todo acto por el cual se transmite el dominio, según el Código de Justiniano.

³⁷ Ponencia para primer debate al proyecto de ley n.º 10 de 1980, en *Historia de las Leyes*, Legislatura de 1982, Tomo I, p. 566.

propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley³⁸.

Conviene destacar que, entre nosotros, se entiende que si las formalidades propias exigidas para el contrato no se llevan a cabo, la transferencia de derechos no existe; en consecuencia, no solo es recomendable cumplirlas, sino que es un imperativo para salvaguardar los derechos de los cuales se dispone.

En ese orden de ideas, la cesión de derechos es un contrato por medio del cual el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos patrimoniales a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración o sin ella. Mediante este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, el cedente se desprende de los derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario en el nuevo titular o titular derivado, lo cual le permite actuar en nombre propio, incluso en lo relacionado con acciones judiciales contra los infractores. En caso de que la cesión sea parcial, los autores conservan las prerrogativas en lo que no transfieren expresamente.

Es preciso señalar que la forma es considerada como “un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás”³⁹, y según el régimen legal aplicable, previó que este tipo de contratos deben constar por escrito (*contrato litteris*) o, lo que es igual, se trata de un contrato solemne⁴⁰.

³⁸ Resulta igualmente armónico con lo previsto por la Decisión Andina 351 de diciembre 17 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, contentiva del régimen común sobre derechos de autor y conexos que dentro del objeto de protección incluye a las obras audiovisuales (art.4º en consonancia con el artículo 3º). Norma subregional que en su capítulo IX, al regular la transmisión y cesión de derechos, establece que las disposiciones relativas a la transmisión, cesión o concesión de derechos patrimoniales “se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los países miembros”.

³⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1976, p. 511. Sobre los contratos solemnes Cfr. URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, pp. 244 y ss.

La forma como se materializa el vínculo jurídico es, pues, escrita. Forma escrita que revise un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* o *ad esentiam* (*forma dat esse rei*). De ahí que el acto o negocio jurídico en materia de derechos de autor sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica, esto es de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad.

Así las cosas, con apoyo en lo prescrito en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, este tipo de contratos es solemne, en tanto “los actos de transferencia de los derechos económicos o patrimoniales del autor a favor de un tercero, para lograr su perfeccionamiento deben cumplir con solemnidades legales so pena de inexistencia⁴¹, puesto que no se trata de contratos consensuales”⁴².

En consecuencia, no puede tenerse como medio de prueba del contrato la “certificación” a la que se hizo alusión.

15. De otro lado, en relación con los contratos aportados en inglés, que tampoco conducen a probar lo que se pretende como ya se indicó, la Sala estima que si hipotéticamente llegaran a tomarse en cuenta, habría que recordar que el artículo 260 del C.P.C. dispone que para que los

⁴¹ De acuerdo con la Ley 23 de 1982: “Artículo 183.- *Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario...*”. Recientemente la Ley 1450 de 2011, modificó el artículo referido en los términos que aparecen a continuación con el propósito de eliminar la exigencia de la participación notarial en el acto, no obstante lo cual mantuvo el carácter solemne del contrato: “Artículo 30. *Derechos patrimoniales de autor. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así: ‘Artículo 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia. Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros. Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir’ ”.*

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de marzo de 2012, exp. 18695, rad. 700012331000199706524 01, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En el mismo sentido vid. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 23 de 2003, Rad. 1.538, C.P. Susana Montes de Echeverri.

documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. Lo cual no tuvo lugar en el *sub iudice*.

16. Y por cuanto resulta irrelevante decretar dicha prueba por las razones indicadas, no es preciso estudiar su procedencia en esta segunda instancia. En todo caso, debe recordarse que el artículo 214 del C.C.A. prevé, como lo ha señalado la jurisprudencia, no una nueva oportunidad probatoria para pedir, decretar y practicar pruebas por el *ad quem*. Además, de conformidad con lo previsto en la norma en comento este evento sólo sería posible cuando (i) se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir los requisitos que les falten para su perfeccionamiento; (ii) cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos; (iii) cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y (iv) cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata la hipótesis precedente.

Es importante subrayar que cuando en el proceso se adopta la decisión de cerrar esa etapa, justamente mediante el proveído que abre para las alegaciones de mérito, de conclusión o de bien probado, la parte que encuentre que no ha sido practicada una prueba que estima determinante para la definición de la litis tiene la oportunidad preclusiva para oponerse a que se cierre esta etapa crucial del proceso hasta tanto no se lleve a cabo la misma.

Al respecto, se advierte que el auto de 7 de junio de 2000, por el cual se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 264 c.3), no fue recurrido por la parte hoy interesada en dicha prueba. De lo anterior se observa que la ahora apelante dejó transcurrir los términos legales sin manifestación

alguna sobre la prueba respecto de la cual ahora pretende su práctica, por lo que no puede pretenderse ahora su práctica cuando guardó silencio en la oportunidad legal correspondiente, menos aún cuando –se insiste- aún su práctica en nada afectaría la decisión, en la medida que dicho documento no sirve para acreditar lo que aduce la parte demandante, como ya se explicó.

17. Por otra parte, en el *sub examine*, ninguna de las piezas probatorias documentales obrantes en el proceso permiten establecer, como lo pretende el recurrente, que efectivamente él haya cumplido con sus obligaciones en materia de derechos de autor. O lo que es igual, las pruebas no apuntan a acreditar su cumplimiento, por lo que no se configuró un presupuesto fundamental para poder establecer la ilegalidad del acto impugnado.

Por el contrario, según comunicación de 10 de junio de 1994, suscrita por el vicepresidente de asuntos legales y jurídicos de la empresa Univisa Inc., ésta y su división Protele “*no tienen record de ningún contrato con la compañía Telemundo Limitada*” (original f. 221-222 c.7 por comisión cumplida por el Cónsul de los Ángeles, California); y en certificación de 8 de junio de 1994, expedida por la administradora de contratos de Univisión, se hace constar que no se conoce “*ninguna relación contractual entre Network y Producciones Telemundo Ltda en Colombia*” (original f. 227 c.7 por comisión cumplida por el Cónsul de Miami, Florida).

Y por si lo anterior no fuera suficiente, como ya se indicó, Telemundo admitió que se encontraba atrasado en el pago de mensualidades con Univisión (ver num. 13 *infra*).

18. En lo que hace al segundo cargo, el actor alega violación del debido proceso porque se adoptó la decisión de suspender los programas sin notificar al garante, Seguros Comerciales Bolívar, y porque no se le dio al sancionado la oportunidad de defenderse.

Para la Sala no se configuró la violación del derecho de defensa del garante por falta de notificación de la Resolución 412 de 1991, en principio la decisión de suspensión -en tanto no está acompañada de medidas pecuniarias sancionatorias- sólo afecta, temporalmente por cierto, al contratista y, por lo mismo, contrario a lo que sucede con la declaratoria de caducidad, no es deber jurídico comunicar a la aseguradora.

19. Pero aun admitiendo que cualquier incumplimiento del contratista deba ser informado por la entidad contratante⁴³, conviene anotar que en el *sub lite* el asegurador no obra como parte ni como interviniente, y sólo estaría eventualmente legitimado en la causa para alegar cualquier supuesta infracción a ese derecho fundamental con la resolución que se impugna. En todo caso, la suspensión era una medida que sólo afectaba al contratista y por lo mismo no era menester proceder a notificarla al garante.

20. En relación con que no se le haya dado al actor oportunidad para defenderse, es preciso subrayar que tampoco está acreditada la alegada violación del derecho de defensa, circunstancia que le correspondía probar⁴⁴.

21. En cuanto al tercer cargo por falsa motivación, el recurrente fundamentó en que no existe infracción al contrato (n.º 7 y cláusula 11), toda vez que en su sentir sus *“cláusulas fueron interpretadas erróneamente por la administración y aplicadas a unos fundamentos fácticos, peligrosamente precarios (un fax de dos reglones y sin firma por parte de Univisión), mediante el cual se dirimió una compleja situación jurídica (la prórroga de los contratos entre el contratista y el titular de los derechos de autor)”*.

⁴³ Lo cual es muy discutible porque al tenor del artículo 1060 del Código de Comercio es el asegurado o el tomador, según el caso, quienes están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, dispone el precepto en cita, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo. De modo que si había lugar a dar aviso esa obligación estaba en cabeza del contratista y no del beneficiario del seguro.

⁴⁴ Como es sabido este derecho constituye una faceta del debido proceso que implica avisar al contratista sobre la decisión que se va a tomar y de este modo garantizar que la medida no se tome intempestivamente. En este caso, se advierte que el contratista no fue sorprendido con la medida en tanto fue requerido varias veces para que cumpliera con el pago debido (*i.e.* núm. 21 del apartado de “Hechos probados”).

La Sala encuentra que está suficientemente acreditado en el plenario que la suspensión temporal de la transmisión de los programas estuvo debidamente soportada en el incumplimiento del contratista de las condiciones del contrato, en cuanto al pago de los derechos de autor ya que no se encontraba a paz y salvo por este concepto. No hay prueba de pago de estos derechos, tal y como lo ordenó el artículo 5º de la Resolución n.º 2896 de 27 de junio de 1988 del Ministerio de Comunicaciones. Por lo anterior, no se incurrió en vicio de falsa motivación.

Como ya se precisó la suspensión tiene por fundamento lo previsto en los términos del concurso de méritos y en la Resolución Ministerial n.º 2896 de 1988. Y fue decretada con ocasión del incumplimiento de la obligación del demandante de estar al día con terceros en el pago de derechos de autor, circunstancia que no fue desvirtuada en el plenario por el hoy accionante.

De acuerdo con el numeral 1.2.2 del Acuerdo n.º 044 de 1990, por el que se dispuso la apertura al concurso de méritos que desembocó en la celebración de los contratos *sub lite*, el objeto del contrato de cesión de derechos de emisión era la adquisición por Telecaribe del derecho a emitir un programa de televisión⁴⁵. Acuerdo que además expresamente dispuso la sujeción del proceso a lo reglado por la Resolución n.º 2896 de 1988 (apartado 8.3) sobre derechos de autor⁴⁶

⁴⁵ “1.2.2. Contrato de cesión de derechos de emisión. Mediante el contrato de cesión derechos de emisión, TELECARIBE adquiere el derecho de emitir por una o hasta tres (3) veces un programa de televisión producido por una entidad o persona pública o privada sobre los programas así contratados. Los programas cuyos derechos de emisión se ceden a TELECARIBE por medio de esta modalidad contractual, podrán ser de producción regional, nacional o extranjera. (...)” (copias auténticas f.195-236 c.3, 57-107 c.5, 280-331 c.2, 130-177 c.6, 85-107 125-129 -copia- y 264-314 c. sin asignación de número).

⁴⁶ “Artículo 5. Derechos de autor y propiedad intelectual. Los contratistas de programación del Canal darán estricto cumplimiento a las disposiciones legales existentes en materia de propiedad intelectual. El canal podrá exigir a los contratistas, en la presentación de la ficha técnica de los programas o posteriormente, los comprobantes de pago de los derechos de propiedad intelectual que transmitan en los programas, los cuales serán expedidos por la organización u organizaciones habilitadas por la ley para recaudarlo, o, en su defecto, por el titular de estos derechos que no esté afiliado a organización alguna.” (copia f. 130-133 c.3 y 178-183 c.6 y 114-119 c. sin asignar número).

En consonancia con estos mandatos, el contrato administrativo de cesión de los derechos de transmisión n.º 058 A-90 (cláusulas segunda numeral 1 y undécima) previó claramente que el contratista se obligaba a la cesión de los derechos de emisión que tenía o debía tener sobre los programas pautados⁴⁷.

De modo que si, como quedó establecido, procedió sin contar con los derechos de emisión, estaba incumpliendo su obligación principal y el objeto mismo del contrato.

Ahora, la decisión de suspender los programas no sólo estaba apoyada en el incumplimiento del clausulado contractual, a términos del artículo 1609 del Código Civil, sino que además se apoyó en el régimen jurídico aplicable, como ya se precisó.

22. Por lo demás, Telemundo admitió por escrito ante Telecaribe su incumplimiento en materia de pago de los derechos de autor y adujo que esperaba ponerse al día, luego esta manifestación espontánea de su voluntad constituye prueba suficiente de su incumplimiento y por lo mismo fundamento fáctico de la decisión de suspensión ahora atacada en sede judicial⁴⁸.

23. En definitiva, la Resolución 192 de 24 de agosto de 1990, expedida por la accionada, por medio de la cual se suspendió de manera temporal la transmisión de los programas previstos en el contrato 058 A/90 no está viciada de ilegalidad, o al menos no logró acreditarse en este proceso.

⁴⁷ “CLÁUSULA UNDÉCIMA.- DERECHOS DE AUTOR: EL CONTRATISTA garantiza a TELECARIBE que los programas producidos o las series sobre las cuales cede los Derechos de Transmisión se encuentran a PAZ Y SALVO por concepto de derechos de autor, y a indemnizar a TELECARIBE por los perjuicios que eventualmente pueda sufrir. EL CONTRATISTA es el único responsable de estos derechos” (copia auténtica f. 94-98 y 123-127 c.3, copias auténticas f. 39-43 c.7, f. 327-331 c. sin asignación de número)

⁴⁸ El 5 de febrero de 1991, el Gerente Telemundo solicitó a Telecaribe un plazo no mayor a 60 días, “a partir de la fecha, para ponernos al día con las obligaciones pendientes” y al concluir indicó que “[c]onociendo su ecuanimidad y la de los señores miembros del Consejo Directivo, esperamos que nuestra solicitud sea acogida” (copias f. 42-43 c.3, copias auténticas f. 32-33 c.7, f. 43-44 c. sin numerar).

La alegada ruptura del equilibrio económico de los contratos 058/90 y 058 A/90

24. Según la demanda los contratos 058/90 y 058A/90 sufrieron una ruptura del equilibrio financiero, porque pese a que se le autorizó a Telemundo la reanudación del programa “Siempre en Domingo”: (i) el contratista no pudo recuperarse del daño económico que se le infligió por cuenta de la suspensión ilegal de sus otros dos programas principales “Sábado Gigante” y “Tv mujer”; (ii) la mala calidad de la señal televisiva perjudicó notablemente la comercialización de la pauta publicitaria de los programas contratados, ocasionándole un deterioro económico paulatino; y, además (iii) le fue negada la solicitud de reconsideración de las tarifas cobradas en atención a las fallas televisivas, impidiendo la ejecución de los contratos en los términos inicialmente pactados. Así, *“la actitud omisiva de no prestar el servicio en las condiciones pactadas y la actitud arbitraria de sancionar ilegalmente al contratista, tipifican la ruptura del equilibrio financiero del contrato imputable a Telecaribe.”*

25. La Sala reitera⁴⁹ que la causa del contrato estatal, esto es el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

Como certeramente anota Cassagne en *“[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (...) La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 29 de agosto de 2012, rad. 05001232600019940231801 (20615), C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth.

*contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil (...)*⁵⁰

De modo que la contratación de la administración pública está poderosamente influida por el fin que ella involucra, esto es el interés público, el que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares realizan la labor encomendada a través del contrato; y, de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad⁵¹.

Ahora, los contratistas concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en el derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

De ahí que, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. Por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor. De suerte que con el vínculo se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.

Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los

⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 15 y ss.

⁵¹ “*La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones*” Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III- A, Abeledo Perrot, 1983, p. 58.

intereses generales (artículos 2 y 209 superior)⁵², y a la vez porque la remuneración razonable⁵³ del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 constitucionales).

26. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a su terminación cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Y justamente es esa posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato.

En efecto, los contratistas al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder en forma desproporcionada los expresos términos del contrato, en procura de cumplir con el fin último de la contratación, lo que a su vez genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

⁵² Sobre el principio finalístico de la función administrativa cfr.: Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 19526 de 2010 y 23650 de 2011.

⁵³ La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de este trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista.

Este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” (que el Comisario de Gobierno Blum llamó *l'équation financière*) o a la “honesta equivalencia de prestaciones”⁵⁴, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático⁵⁵, que, por regla general, tiene el contrato estatal, que en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo, se puede ver afectado por circunstancias imprevisibles.

Con arreglo a este principio, las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obligan a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas y ajenas a la parte afectada.

Este postulado encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el cumplimiento de su objeto, vale decir, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en ocasiones, es preciso adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

⁵⁴ El “*equivalente honrado*”, expresión acuñada por el Consejo de Estado francés.

⁵⁵ El artículo 1498 del Código Civil señala “[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

Las partes, al celebrar un contrato de la administración pública, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio estrictamente matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

Al morigerar el principio *pacta sunt servanda* con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁶, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de presente que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no entraña la carga de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas⁵⁷.

En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene por qué asumir un riesgo anormal que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato, ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente.

En consecuencia, el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento.

⁵⁶ «*Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*»: los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan.

⁵⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S, *op. cit.* pp. 469 y ss. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen I, De Palma, Buenos Aires, 1979.

Esta obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es el corolario del principio según el cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido, puesto que se trata de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas que regenta la responsabilidad del Estado (arts.13 y 90 C.P.).

27. Por otra parte, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituyen rompimiento del equilibrio económico, puesto que existen siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual que deben ser asumidos por él. En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean estas abusivas o no.

Actos generales de la administración como Estado o *“teoría del hecho del príncipe”*, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato⁵⁸.

⁵⁸ Es de anotar que esta Sección, en providencia de 29 de mayo de 2003 (exp. 14.577), luego de acoger los planteamientos que sobre el tema ha hecho la doctrina y la jurisprudencia -en especial la francesa-, fijó su posición actual adoptando un criterio estricto de la figura, según el cual *“sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante”*, porque *“cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión”*. La tesis anterior, fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003 (exp.15119), aún cuando se atemperó su rigidez en el sentido de que debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de estos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que pertenecen, cfr. sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el salvamento de voto a la sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que se fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un *“álea administrativa”* debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas.

Factores exógenos a las partes del negocio o “*teoría de la imprevisión*” o “*sujeciones materiales imprevistas*”, que involucran circunstancias no imputables a la entidad contratante y externas al contrato pero con incidencia en él.

En los anteriores eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador, asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso, y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

28. Del mismo modo, incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista⁵⁹.

29. Por lo tanto, el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en la obra o

⁵⁹ Sin embargo, es importante distinguir los fenómenos en cada caso concreto, porque, por ejemplo, sobre la falta de entrega de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que la misma constituye un incumplimiento del contrato que se enmarca en un régimen de responsabilidad subjetiva, que excluye por ende la responsabilidad sin falta y objetiva de la teoría del equilibrio financiero del contrato por sujeciones imprevistas y con incidencia, por tanto, en la indemnización integral o solo compensación que se deba reconocer., según el caso. Ha manifestado la corporación a este respecto lo siguiente: “(...) *situación que reviste una connotación diferente es cuando la entidad pública omite realizar o entregar los estudios de suelos o del terreno en donde se realizará la obra, siendo su obligación contractual, pues allí compromete su responsabilidad a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato, en el evento en que se presenten problemas o inconvenientes en su ejecución derivados de situaciones materiales que pudieron ser previstas o advertidas mediante su elaboración salvo que se trate de un riesgo asumido en el negocio jurídico por el constructor o de contratos cuyo objeto sea la construcción o fabricación exclusivamente con estudios y diseños de los proponentes. En este evento, el hecho imputable a la administración tiene su origen en el desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, de manera que no le resulta ajeno, lo que por tanto descarta una responsabilidad sin falta y objetiva como la denominada teoría de las sujeciones imprevistas. (...) Por eso la inobservancia de esta obligación por parte de la Administración infringe el principio de buena fe y la equivalencia de las prestaciones y, por tanto, hace incurrir en responsabilidad contractual por omisión.*” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos.

30. En todo caso, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

No basta, pues, con probar la circunstancia que se alega como causa del rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe acreditarse que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar o que con su conducta contractual la administración generó la legítima confianza de que fueron asumidos por esta.

31. Al descender estas consideraciones al caso *sub examine*, la Sala advierte que si la suspensión no fue ilegal, sino por el contrario amparada en el contrato y en la regulación legal y administrativa correspondiente como ya quedó establecido, no resultan en este punto los argumentos “consecuenciales” de una pretendida ruptura ilegal del equilibrio financiero

del contrato, expresados en la demanda y en el recurso de apelación por el actor.

32. En lo que atañe a la alegada mala calidad de la señal televisiva, conviene poner de presente que si bien quedó establecido en el plenario que el 10 de agosto la torre de transmisión R.C.N., ubicada en el barrio los Nogales de Barranquilla, se derrumbó, como consecuencia de un vendaval que azotó a esa ciudad, el actor no demostró su incidencia en la ecuación del contrato.

No está acreditado en el plenario que la señal de televisión transmitida por Telecaribe presentase fallas de tal envergadura después del accidente de 10 de agosto de 1990. Del mismo modo, no hay prueba allegada válidamente que de cuenta de una reparación defectuosa, como tampoco que el accidente haya dificultado o imposibilitado la comercialización de los programas correspondientes.

De modo que al no demostrarse ello, no encuentra la Sala que haya debido el accionado proceder –como alega el actor- a reconsiderar la facturación correspondiente. En otros términos, el actor no logró demostrar un incumplimiento grave que obligase a la entidad contratante a reconsiderar la facturación correspondiente, esto es, que hubiese una razón de peso para que la entidad accionada procediese a disminuir las tarifas, en contra de lo estipulado en el contrato.

No hay, pues, lugar a hablar de ruptura del equilibrio económico del contrato ni de incumplimiento contractual de la entidad, porque la suspensión no fue ilegal y, por el contrario, como quedó expuesto, fue una medida que tuvo lugar con ocasión del incumplimiento en el pago de los derechos de autor por parte del contratista⁶⁰.

⁶⁰ De otro lado, en gracia de discusión que se admitiere lo dicho en la demanda en el sentido que se produjo rompimiento del equilibrio económico del contrato, porque se le siguió cobrando lo mismo cuando la señal se había dañado, esta argumentación resulta inadmisibles pues –como ya se indicó- para que prospere el pretendido rompimiento del equilibrio económico del contrato, es preciso que el contratista haya cumplido cabalmente sus obligaciones, circunstancia que no se presenta en el *sub lite*.

De modo que en cuanto al problema de la señal -los vendavales o vientos huracanados configuran sucesos de fuerza mayor- no demostró que se haya dado por todos los canales en los que la transmisión era posible y no sólo por el alegado por el accionado, ni tampoco que no se haya podido tomar la señal por otras frecuencias como indicó el accionado (Canal 29 UHF o en VHF), ni tampoco que el problema no haya sido solucionado en tres días ni que las medidas correctivas adoptadas implicasen limitación o ineficacia del medio.

33. Y no puede alegarse que ello quedó demostrado con el estudio de la empresa G y C Ingeniería Ltda. (Exp. 6334 c. 2y 3 y exp. 6536 c.3), pues, como lo indicó el juez de instancia, no se identificó en el proceso quiénes son sus autores, ni su solvencia profesional, ni las condiciones en que fue ordenado y cuál era su propósito.

En todo caso, aún si en gracia de discusión se admitiese eficacia probatoria de dicho estudio, sus conclusiones no conducen a establecer si efectivamente con posterioridad al 10 de agosto de 1990 se produjo o no un deterioro o desmejoramiento de la señal ni en qué proporción pudieron llegar a disminuir los ingresos de Telemundo. Dicho escrito se ocupa de la calidad y deficiencia que tenía y venía superando el canal regional desde su propia entrada en operación en 1986. De modo que aún valorando estos documentos, como lo solicita el recurrente, no se acredita la situación de hecho por él planteada.

34. Ahora, en relación con las comunicaciones de otras programadoras “Coralvisión”, “Artivisual” y “Krys Televisión” -este es el único que hace referencia a los supuestos problemas de comercialización-, como dijo la sentencia impugnada, se trata de documentos emanados de terceros que no reúnen las condiciones para ser considerados y ante la falta de otros medios de prueba tampoco alcanzan siquiera a apreciarse como indicios.

35. La Sala encuentra que en realidad lo que hubo fue una suspensión provocada por el incumplimiento del contratista y este es un efecto nocivo

que debe asumir por no cumplir cabalmente sus obligaciones, y porque para hablar de daños indemnizables debe probarse que las decisiones son ilegales, es decir, hubo un aumento ilegítimo en las cargas contractuales. En el *sub lite* estamos ante una sanción por el incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas en los mismos

36. En todo caso conviene anotar que de conformidad con la cláusula decimotercera del contrato administrativo de cesión de derechos de transmisión n.º 058A-90, no había lugar por parte de TELECARIBE a indemnización alguna en el evento de circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito que impidieran o retrasaran las transmisiones regulares de los programas. En el mismo sentido en el contrato administrativo de producción n.º 058-90, se previó idéntica estipulación en la cláusula decimoquinta.

La Sala precisa y reitera⁶¹ que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, define a la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel imprevisto al que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

De ahí que las figuras de la fuerza mayor y el caso fortuito son causales de justificación del incumplimiento contractual, cuando impiden de manera absoluta la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes y no cuando simplemente la dificultan, dado que a lo imposible nadie está obligado; además, debe tratarse de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles que no existían al momento de celebrar el respectivo contrato.⁶²

37. Si la suspensión de los programas decretada por la entidad fue legítima y si no se acreditó que el vendaval haya afectado de manera significativa la ejecución normal de los contratos *sub examine*, es consecuencia obligada

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-0584-01(21.317), CP Ruth Stella Correa Palacio.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

de lo que se viene considerando que no había razón jurídica de peso para que la entidad accionada procediera a revisar las tarifas acordadas.

En otros términos, si el cobro pleno de las tarifas estaba previsto en los pliegos de condiciones y si en el contrato y en la regulación correspondiente se estipuló su pago aun en casos de suspensión respecto de programas sustitutos y si, además, no se logró acreditar que la caída de la torre haya desencadenado una mala calidad, es claro que no había lugar a reclamar una renegociación tarifaria.

Correspondía al actor demostrar que el evento de fuerza mayor (caída de la señal por vientos huracanados) produjo el incumplimiento del contratista para exonerarlo de responsabilidad; sin embargo, lo que revela el material probatorio es que este provino de su propio proceder y tampoco se acreditó que los programas dejaran de emitirse.

38. En síntesis, *(i)* la suspensión, como ya se indicó no fue ilegal; *(ii)* si bien se acreditó en el plenario la caída de la torre, no quedó establecido que la señal haya presentado las deficiencias en la magnitud alegada por el accionante y *(iii)* la situación descrita no tenía por qué dar lugar a una refinanciación de lo adeudado, correspondía al actor demostrar su incidencia definitiva en la ejecución del contrato para que ello tuviese lugar. El contrato debía cumplirse de acuerdo a lo pactado. Y si la caída de la torre tuvo incidencia en la ecuación financiera, era carga del actor acreditar esa situación.

En consecuencia, los cargos contra la resolución 192 de 24 de agosto de 1990 no prosperan.

La legalidad de las Resoluciones n.º 0412 y 0413 de 4 de abril de 1991

39. De acuerdo con la demanda, estos actos administrativos están viciados de nulidad por *(i)* falsa motivación y *(ii)* violación al derecho de defensa del garante.

40. En relación con la falsa motivación, dice la demanda que si bien es cierto que en el momento de expedirse los actos impugnados Telemundo Ltda. no había cancelado parte de la deuda que se le cobraba, no es menos cierto que ese incumplimiento era consecuencia directa de uno anterior imputable de la administración y derivado de su sanción injusta y arbitraria al contratista y de su negligencia para producir una señal televisiva con las condiciones mínimas de calidad y cobertura.

41. Esa causal de nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, prevista en el artículo 84 del CCA (hoy retomada por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011), como ha dicho la jurisprudencia, se origina en la disconformidad entre la decisión y la realidad, o bien por la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos en la decisión.

Y para poder determinar si esta causal se configura es preciso remitirse a los motivos invocados por la administración para adoptar la decisión que se demanda, para de este modo establecer si las situaciones fácticas del caso en estudio se acompañan en tratándose de actos relativos a la ejecución del contrato, como es justamente los que se enjuician en esta oportunidad, a lo que efectivamente ocurrió.

Ahora, como es apenas natural, corresponde al actor demostrar la falsa motivación o lo que es igual que los motivos aducidos por la administración no correspondían a la realidad de la ejecución comercial o fueron mal valorados. La Sala precisa⁶³ que incumbe la carga de la prueba a quien alega una causal de invalidez de los actos administrativos – en este caso la falsa motivación – para poder enervar las presunciones que los amparan.

Como se indicó al estudiar los cargos relacionados con el primer acto administrativo impugnado, no está acreditado en el proceso que el accionante tuviese la disposición legítima de los derechos de autor de los

⁶³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2001, rad. 13411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

programas televisivos y no es admisible aducir que bastaba la garantía prevista en los contratos, pues la misma no supone un cumplimiento del marco jurídico aplicable.

Por el contrario, la situación no configura falsa motivación en tanto las situaciones fácticas de incumplimiento, como ya se indicó, sí se configuraron. Los razonamientos expuestos para despachar negativamente los cargos frente a la Resolución n.º 192 de 1990 resultan perfectamente aplicables ahora en relación con las Resoluciones n.º 0412 y 0413 de 1991.

Se insiste en que si bien intentó probarse que los contratos entre Univisión y la firma Pasatcol se encontraban prorrogados, ello pasa por alto que el contratista de la entidad no era esta sino Telemundo y que aún si hipotéticamente se asimilara al actor con Pasatcol, tales prórrogas únicamente extendían la duración de los mismos hasta el 15 de marzo de 1990, lo que demuestra que estaba en mora por los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 1990.

En todo caso, los documentos que se aducen como prueba de dichos contratos no pueden ser valorados, por las razones ya expresadas.

42. Por lo demás, Pasatcol aceptó por escrito ante Univisión y ante Telecaribe que no se encontraba al día en sus derechos de autor y que esperaba estarlo en diciembre, declaración suficiente para establecer el incumplimiento del compromiso adquirido de estar al día en el pago de sus obligaciones en materia de derechos de autor y que sirvió de base a las decisiones de suspensión para compeler a estarlo.

43. En relación con la violación del derecho de defensa del garante (la aseguradora), la Sala se remite a lo ya expuesto cuando se abordó el estudio de la primera resolución demandada. Razonamientos que se predicen en este caso para despachar también negativamente el cargo formulado.

44. Por lo tanto, la Sala llega a la misma conclusión del Tribunal, es decir, que al no haberse contraprobado la presunción de validez que ampara los actos acusados las pretensiones se denegarán. En consecuencia, tampoco prosperan los cargos contra las Resoluciones n.º 0412 y 0413 de 4 de abril de 1991.

De la legalidad de las Resoluciones n.º 1225 y 1227 de 1991

45. Mediante las resoluciones las Resoluciones n.º 1225 y 1227 de 1991, Telecaribe decretó la caducidad de los contratos 058/90 y 058 A/90.

46. Dice la demanda que los actos contenidos en las Resoluciones n.º 1225 y 1227 del 18 de julio de 1991 y los actos administrativos presuntos configurados ante el silencio para resolver los recursos interpuestos, están viciados de nulidad, por cuanto *(i)* omitieron hacer referencia a los anteriores actos administrativos; *(ii)* ignoraron las circunstancias de ruptura del equilibrio financiero de los contratos por las causas enunciadas y *(iii)* por desviación de poder.

47. La Sala reitera⁶⁴ que la caducidad es una facultad excepcional de que está dotada la administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, entre otros casos, cuando se presente un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercuta seriamente en su ejecución y por ello con la aplicación de esta medida exorbitante se rompe el vínculo contractual y se extingue el negocio jurídico estatal, sin reconocimiento indemnizatorio alguno a favor del contratista, toda vez que se trata de una sanción para el contratista incumplido. De manera que se trata de la sanción más drástica que la entidad pública contratante le puede imponer a su contratista.

⁶⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, (Subsección B), sentencia de 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-0584-01(21.317), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Ahora bien, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, régimen aplicable al contrato *sub examine* como ya se precisó, según las voces de su artículo 62, la caducidad estaba prevista por la ocurrencia, entre otros eventos, cuando a juicio de la entidad contratante del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad (art. 62 - f).

Dado el carácter administrativo de los contratos 058/90 y 058 A/90, el orden jurídico atribuyó a la entidad la potestad de decretar la caducidad, lo cual fue confirmado por el Acuerdo n.º 044 de 30 de abril de 1990, por cual el Consejo Directivo de Telecaribe dispuso la apertura del concurso de méritos n.º 001-90, que al fijar las condiciones principales del proceso de selección, previó que en los contratos de producción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión se pactará la cláusula de caducidad (cláusula 8.7), todo ello en consonancia con el citado artículo 62 del Decreto 222 de 1983.

Ahora bien, el contrato administrativo de cesión de derechos de transmisión n.º 058A-90, previó en su cláusula decimonovena que Telecaribe estaba facultada para declarar la caducidad del contrato por incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contratista o si se presentaren las causales previstas en el art. 62 del Decreto 222 de 1983. En el mismo sentido, en el contrato administrativo de producción n.º 058-90 previó idéntica estipulación en la cláusula vigésimasegunda.

La declaratoria de caducidad de los contratos se fundamentó en la mora de la contratista por más de 90 días en el pago de sus obligaciones, hecho objetivo que el actor no desconoce y, además, no logró demostrar que hubiese sido suscitado por un incumplimiento correlativo de la entidad accionada.

Si el fundamento fáctico era dicho incumplimiento, encuentra la Sala que no era menester aludir a la Resolución n.º 192 de 24 de agosto de 1990 –que

decretó la primera suspensión-, así como tampoco a las Resoluciones 0412 y 0413 de 4 de abril de 1991 –por las que se decretó la segunda suspensión-.

O lo que es lo mismo, la no referencia al citado acto administrativo en modo alguno supone violación de normas superiores, entre otras razones porque los motivos que determinaron la declaratoria de caducidad son distintos de los que justificaron la suspensión de los programas.

48. De otra parte, dice el actor que las citadas resoluciones fueron expedidas con desviación de poder porque la declaratoria de caducidad obedeció al conocimiento que tenía Telecaribe de una demanda instaurada contra ella por Telemundo por incumplimiento del contrato 058A 90 y, por lo mismo, con ella se buscó evadir la responsabilidad correspondiente y de paso “*infligirle una retaliación contra el contratista*”.

49. Como es sabido, la desviación de poder tiene lugar cuando el funcionario hace uso de las atribuciones de su competencia con un fin distinto de aquel para el cual fueron conferidas⁶⁵; en palabras de Laferrière, dicho vicio consiste en hacer servir el poder legal a finalidades para las cuales no está destinado⁶⁶. La Sala reitera que:

Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada

(...)

Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto

⁶⁵ Cfr. JÈZE, Gaston, « La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir », en *Revue de Droit Public*, 1944, p. 60.

⁶⁶ LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction et des recours contentieux*, t. II, Paris, 1896, pp. 548 y ss.

personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien⁶⁷.

Por supuesto, en estos eventos corresponde a quien alega la desviación acreditarla, pues de lo contrario no sería más que una especulación para intentar desvirtuar la presunción de legalidad que revisten estos actos, de modo que deberá demostrarse que efectivamente el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual fueron conferidos.⁶⁸

En el *sub lite*, se advierte que el actor no demostró su dicho y por el contrario se limitó a formular una especulación que no tiene respaldo en ningún medio de prueba obrante en el plenario.

50. Ahora, si bien las entidades públicas tienen la potestad de declarar la caducidad del contrato ante el incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, no se trata de un poder absoluto e ilimitado que pueda ocultar incumplimiento de la entidad estatal.

De ahí que el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando su cocontratante incumplió las propias, vale decir, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la administración de ejercitar el poder exorbitante de declarar su caducidad⁶⁹.

51. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación tiene determinado que la *exceptio non adimpleti contractus* en materia de contratos estatales

⁶⁷ Consejo de Estado, sentencia de 30 de julio de 1959.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 1588 de 2.005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 13415, CP Ricardo Hoyos Duque.

La Sala también ha explicado que la mora de la entidad, como aquella que deriva del no pago oportuno del anticipo, le impide imponer multas y declarar la caducidad del contrato (sentencia de 12 de diciembre de 1996, exp. 9964), el incumplimiento por falta de entrega de los planos de la obra por la entidad (sentencia de 3 de marzo de 1994, exp. 7223, CP Julio César Uribe Acosta).⁰ Ellas reiteran la pauta jurisprudencial contenida en la sentencia de 7 de abril de 1978, exp. 1870.

debe ser armonizada con las reglas del derecho público y por ello sólo procede en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones⁷⁰, esto es, que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

En el *sub lite*, como ya se indicó el actor no logró acreditar un incumplimiento significativo por parte de la entidad accionada, argumento recurrente en las tres demandas acumuladas. De modo que el material probatorio no da cuenta de las afirmaciones que dieron lugar -según la demanda- a que la entidad procediera a aplicar tan drástica medida.

52. Es necesario precisar que la presunción de legalidad de la actividad administrativa está prevista de manera clara y nítida en nuestro ordenamiento positivo en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (con arreglo al inciso segundo del artículo 4º superior y hoy reafirmado por el artículo 88 de la Ley 1437) y que comporta -en sustancia- una presunción de regularidad del acto administrativo⁷¹, y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como uno de los elementos característicos de la actividad administrativa⁷².

⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, exp. 4739, CP Julio César Uribe Acosta; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, exp. 4994, CP Jorge Valencia Arango; mayo 15 de 1992, exp. 5950, CP Daniel Suárez Hernández; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415, CP Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 1999, exp. 10131; febrero 21 de 1992, exp. 5857, CP Carlos Betancur Jaramillo; octubre 17 de 1995, exp. 8790; septiembre 14 de 2000, exp. 13530, CP Ricardo Hoyos Duque; febrero 16 de 1984, exp. 2509, CP José Alejandro Bonivento Fernández; septiembre 13 de 2001, exp. 12722, CP María Elena Giraldo Gómez; abril 25 de 2005, exp. 14393, CP German Rodríguez Villamizar; abril 14 de 2005, exp. 28.616, CP German Rodríguez Villamizar; 21 de febrero de 2011, exp. 16.105, entre otras.

⁷¹ Esta presunción “[e]s la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, que se presume (sic) válidos y que respetan las normas que regulan su producción”: DROMI, Roberto, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2000, p. 76.

⁷² Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p. 13.

Presunción de validez del acto administrativo que, como enseña Díez, parte de que la actividad del Estado es jurídica, pues si faltara la legalidad en la administración habría disminuido el valor del Estado de derecho. Además, esta presunción se basa en la idea según la cual los órganos administrativos son instrumentos desinteresados que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico.⁷³

Se trata -por supuesto- de una presunción *iuris tantum*, de ahí que pueda ser desvirtuada en sede judicial, pero entretanto se dilucida la conformidad o no a derecho es preciso -en principio- que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, esto es, sea eficaz⁷⁴. Y si se pretende desvirtuarla, es preciso no sólo esbozar los razonamientos de orden jurídico sino acreditar la infracción en supuestos como el que se estudia, de conformidad con el artículo 177 del CPC⁷⁵.

En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*)⁷⁶ y, por contera, no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados.

O lo que es igual, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podía alegar

⁷³ DÍEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1993, p. 278.

⁷⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano et al., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, Barcelona, Ariel Derecho, 1988, p. 721.

⁷⁵ “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 896 de 2006, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

en su favor la excepción de contrato no cumplido, para de este modo enervar la prerrogativa que tenía la entidad de declarar la caducidad de los contratos *sub lite*.

El actor no logró, pues, desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos impugnados que declararon la caducidad del contrato por incumplimiento de sus obligaciones, de manera que la decisión del *a quo* será confirmada por encontrarse ajustada a derecho.

Las resoluciones impugnadas cumplen con los presupuestos para decretar la caducidad de los contratos, ya que se fundamentan en la mora del contratista por más de 90 días en el pago de sus obligaciones. Y el cumplimiento de los presupuestos fácticos para su expedición descarta la alegada desviación de poder, circunstancia que en todo caso ha debido ser probada en el plenario.

53. En definitiva, no media razón alguna para encontrar una supuesta ilegalidad en dichas resoluciones, ya que se fundan en el incumplimiento por parte del contratista de obligaciones adquiridas con Telecaribe, entre ellas, la mora en el pago de sus tarifas, por una suma cercana a los \$ 25.000.000,00, circunstancia que no fue desvirtuada por el actor

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia objeto del recurso de apelación, esto es, la proferida el 20 de abril de 2001 por el Tribunal Administrativo Sala de Descongestión con sede en Barranquilla, mediante la cual se negaron las

pretensiones de las demandas presentadas en los procesos acumulados 6334 LI, 6535 LI y 6536 D.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO