

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE DECISIONES ARBITRALES EN MATERIA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

**Claudia Juliana Cortés Duarte
Juan Carlos Paredes López**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO**

A nuestros padres y hermanos,
por su apoyo y confianza.

Con gran respeto y admiración
agradecemos al Doctor Jorge García
Calume, por la formación, confianza y
conocimientos brindados no solo en la
consecución de este trabajo, sino durante
toda nuestra formación académica.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

RESUMEN

1. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	pág. 9
1.1. Historia del arbitramento	pág. 9
1.2. Desarrollo del arbitramento Internacional en Colombia	pág. 12
2. EL ARBITRAJE EN COLOMBIA	pág. 15
2.1. Historia del arbitramento	pág. 15
2.2. Desarrollo del arbitramento	pág. 19
2.3. El arbitramento en la actualidad	pág. 23
3. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.	pág. 27
3.1. Campo de aplicación	pág. 27
3.2. Reseña histórica de la contratación administrativa	pág. 28

3.3. Principios de la contratación administrativa	pág. 30
3.4. Riesgos y responsabilidad en la contratación administrativa	pág. 32
4. ANÁLISIS DE CASOS	pág. 37
4.1. Laudo arbitral Alcatel vs Telecom de fecha 21 de mayo de 2.002.	pág. 37
4.2. Laudo arbitral Diego Fernando Londoño vs La Comisión Nacional de Televisión de fecha 2 de agosto de 2.002.	pág. 78
4.3. Laudo arbitral Comcel vs La Nación de fecha 10 de mayo de 2.000	pág. 131
5. CONCLUSIONES	

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende servir al desarrollo investigativo del área administrativa, se pretende desarrollar un estudio analítico, de laudos arbitrales, que constituyen una base para futuras decisiones.

Este trabajo de investigación del tipo cualitativo, basado en el método deductivo, intenta rescatar los aspectos relevantes contenidos en los laudos arbitrales analizados, mediante un estudio de las normas que se refieren a la materia, las decisiones y comentarios que al respecto encontramos en la doctrina y la jurisprudencia, estudiando los aspectos referentes a este trabajo, y analizando si estas disposiciones se encuentran en consonancia con lo que en el laudo se realiza y decide.

Se pretende también desarrollar un sentido analítico y de responsabilidad en lo que al estudio normativo y doctrinario se refiere, ya que a través de este análisis se puede apreciar como para la resolución de cierto tipo de conflictos con contenido especializado, o poco tratado en el país, los árbitros deben acoger las normas, los expertos, la jurisprudencia, y demás mecanismos que sean necesarios para decidir de la manera más ecuánime el conflicto, para de esta forma contribuir a la conceptualización de aspectos que no se encuentren regulados, o que estándolo no contemplan todos los aspectos que contiene.

Así mismo se pretende conocer el contenido y la forma en que se desarrolla un tribunal de arbitramento en el área contencioso administrativa, en su aspecto teórico, mediante un análisis elemental, del contenido práctico y académico del mismo, apoyado en la jurisprudencia y la doctrina, ya que no siempre los aspectos se encuentran regulados, y la solución puede ser vista desde la perspectiva jurídica tradicional, acudiendo a los pilares del derecho; sus principios generales, en nuestro caso del derecho administrativo y de la contratación administrativa.

RESUMEN

Este trabajo de investigación, ha sido elaborado de una manera sencilla y de fácil entendimiento, con el fin de que el lector pueda en un comienzo ubicarse en el tema, luego conocer los aspectos relevantes y por último ubicar en nuestro régimen jurídico las actuaciones que se presentaron en los trámites arbitrales.

Este trabajo se ha dividido en cuatro partes: en la primera parte encontraremos una ubicación del tema, casi introductoria al contenido que se trata en los laudos, sobre el trámite arbitral en sí y conceptos del área administrativa. Esta primera parte, comprende los conceptos y aspectos relevantes de la evolución del arbitramento internacional, y su desarrollo en nuestro país. La segunda parte, se ocupa del arbitraje en Colombia, su historia y desarrollo, y la forma de realizarse, pasando también por una precisión terminológica. La tercera parte, trata sobre la contratación administrativa, en esta parte del trabajo se trabajará lo relacionado con el campo de aplicación, una distinción entre un contrato común y uno de la administración, y por supuesto como fundamento y pilares del derecho administrativo, los principios que orientan la contratación, haciendo la salvedad que se trata de una reafirmación de conocimiento, más no una determinada y minuciosa estructuración de los principios, ya que aunque conocemos de su importancia, se encuentran inmersos en las normas establecidas, y se tratan de manera puntual algunos de ellos durante el estudio de los laudos. Otro punto que se trata, es el referente a los riesgos y las responsabilidades existentes en la contratación administrativa, esto con el fin de ubicar un poco mejor el tema y no dejar vacíos en materia de contratación y sus implicaciones.

En la cuarta parte, se realiza el estudio de los tres laudos seleccionados, su síntesis y análisis. Este estudio comprende una síntesis de los puntos sobresalientes de cada uno de los laudos, esto con el fin de ubicar sobre los antecedentes de cada trámite, la materia de controversia y por supuesto la forma en que es desarrollado por los árbitros. Esta parte se estudia, comenzando por una síntesis de la demanda y su contestación en los aspectos fundamentales y siguiendo con un análisis del laudo, como antes mencionamos en sus aspectos relevantes, para por último ubicar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a las materias de estudio en cada uno de los laudos.

Es de aclarar que cada una de estas divisiones es elaborada con sumo cuidado y respeto de estudiosos, sin embargo no pretende constituir un compendio total y completo del área administrativa, simplemente realizar un estudio del área en los aspectos que importan a esta investigación, y los temas referidos en cada uno de los laudos.

En cada uno de estos apartes se trata de explicar de manera concisa y práctica los conceptos e ideas presentados, se trata de permitir una comprensión rápida y efectiva sobre los aspectos a destacar, terminando con una ubicación normativa de los aspectos fundamentales tratados en los laudos, para citar, el tipo de contrato del que se trata, y una descripción conceptual de puntos relevantes de esta área del derecho, tales como el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, entre otros.

Con este trabajo se pretende despertar el interés investigativo del lector, en el área del derecho administrativo, conocer la aplicabilidad de la práctica del arbitramento en el derecho administrativo, la forma en que se desarrolla, no a nivel de procedimiento, sino a nivel de metodología teórica, tomar parte dentro de la decisión de los árbitros y saber cómo se tocan diferentes aspectos, no solo de materia legal en las materias de controversia, con un aporte importante de este método de solución de conflictos, que se refiere al conocimiento que presentan los árbitros sobre la materia, y el uso de ayudas adecuadas sobre los temas a tratar.

1. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.1 HISTORIA DEL ARBITRAMENTO

La práctica del arbitramento se remonta a la antigüedad, en donde aparece como uno de los aportes dejados por las polis griegas. Estos pueblos antiguos que vivían en total aislamiento y que desconfiaban de los pueblos extranjeros, solo llegan a establecer relaciones de guerra con ellos, lo que los lleva a desarrollar nuevas formas de interacción con los demás pueblos como lo es el arbitramento internacional, instituyéndose éste como uno de los más importantes aportes que dejaron estas polis al derecho internacional.

Ya en la edad media se da un verdadero desarrollo del arbitraje internacional, esto tal vez a consecuencia del momento histórico en que se encontraba el mundo, con acontecimientos como la caída del imperio romano de occidente y el establecimiento de un sistema feudal.

En 1680 se lleva a cabo un acuerdo internacional conocido como la Paz de Westfalia, el cual pone fin a 30 años de guerra. Este tratado se caracteriza por la celebración de dos acuerdos los cuales reconocen la igualdad jurídica y la soberanía de los pueblos como estados naciones europeas, lo que permite en el continente europeo el desarrollo de una comunidad estable. Con este resultado, puede entonces apreciarse la importancia y fuerza que toma la práctica del arbitraje en el mundo, ya que es a través de la utilización de este mecanismo, que los estados europeos consiguen obtener frente a los demás estados una igualdad en trato y reconocimiento como estado.

En 1.899 se realiza la Convención de la Haya, la cual crea una conferencia internacional para los usos y leyes de la guerra, originando cuatro tratados sobre la materia, que dan lugar a la segunda Conferencia de la Haya. En esta conferencia se adoptan trece convenciones

internacionales, entre ellas una que crea un Tribunal Permanente de Arbitraje siendo este un gran avance para el arbitraje internacional.

El Tribunal Permanente de la Haya se instituyó en el año de 1.922 con el fin de servir como organismo encargado de arbitrar conflictos internacionales. En un comienzo se estableció que toda controversia sería resuelta por este Tribunal Permanente de Arbitraje, órgano que en su primigenio estatuto establecía que solo podía practicarse este método entre los estados que fueran parte de este Tribunal. Más adelante mediante la intervención de su Consejo Administrador se previó que podía darse para estados y entidades no solo estatales sino también privadas, mediante la adopción de un reglamento de arbitraje y conciliación.

El incremento de las transacciones comerciales de carácter interestatal, producido por el vuelco experimentado por la mayoría de las economías del mundo, dio como resultado la incorporación de alternativas para la solución de conflictos, creadas dentro de un marco legal capaz de dilucidar las controversias que pudieran suscitarse a raíz de tales flujos comerciales.

En este orden de ideas, uno de los problemas más difíciles de las operaciones comerciales internacionales, es el de encontrar un modo rápido, económico y confiable para resolver los conflictos cuando no puedan solucionarse mediante negociaciones amistosas entre las partes.

Así las cosas cuando las partes entran en controversia, es común que cada una prefiera acogerse al derecho que rige en su país al igual que a sus tribunales nacionales. En principio, se acepta y se otorga plena validez al acuerdo de los interesados, sin embargo es frecuente que las partes no hayan acordado, o que a pesar de que hayan estipulado el tribunal y el derecho aplicable, prevalezca la incertidumbre acerca de cuál será el foro competente y cuál el derecho que se aplicará. Es aquí cuando los compromisos arbitrales incluidos en los contratos internacionales comerciales muestran su utilidad para resolver estos problemas.

El arbitraje internacional, tal como algunos doctrinantes lo señalan, es un mecanismo para solucionar las controversias que se presentan entre partes que acuerdan solucionar el inconveniente acudiendo a terceros ajenos al conflicto, y que dependiendo de aspectos como las partes involucradas en el conflicto, puede ser éste regido por normas de derecho internacional público o privado.¹

¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda edición, Bogotá: editorial Legis Editores S. A., 1.998. págs. 245 y ss. "El arbitraje entre Estados se rige por las normas del derecho internacional público.

(...)

Puede haber varias clases de arbitraje privado internacional:

a) Arbitraje entre Estados respecto de negocios jurídicos internacionales de naturaleza privada;

El arbitraje comercial internacional ha probado su utilidad para la solución de problemas que no tienen remedio adecuado a través de los procedimientos tradicionales (Tribunales Judiciales). Se destacan dentro de las múltiples ventajas del arbitraje comercial internacional, (i) su rapidez, (ii) costo económico definido, (iii) confidencialidad, así como una (iv) acentuada especialización. Otra razón por la que en la actualidad se acude al arbitraje, es la dificultad para ejecutar las sentencias judiciales en el extranjero, siendo en muchos países más sencillo ejecutar un Laudo Arbitral (Sentencia Arbitral), al ser el resultado del encargo conferido por las partes a uno o varios árbitros para que éstos den solución a sus controversias.

En este sentido los distintos centros de arbitraje existentes alrededor del mundo, reportan que en la mayoría de los casos, las partes han cumplido voluntariamente los laudos arbitrales.

Los tratados que rigen el arbitraje comercial internacional pueden ser de carácter multilateral o bilateral, siendo los más destacables, entre otros los siguientes; Protocolo de Ginebra de 1.923, mediante el cual se determina que en caso de existir una controversia entre partes que se encuentran sometidas a jurisdicciones estatales diferentes, ésta se configuraría como un conflicto de carácter internacional. Igualmente podemos mencionar la Convención de las Naciones Unidas de junio 10 de 1.958, acerca del reconocimiento y la ejecución de Sentencia Arbitrales de carácter extranjero, la cual es adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas de arbitramento comercial internacional. También rescatamos, la Convención de Montevideo, suscrita el 8 de mayo de 1.979, en la cual se trata el tema de la extraterritorialidad de las sentencias y laudos extranjeros y la eficacia que éstos pueden tener. Y por supuesto finalmente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la UNCITRAL, la cual contiene los criterios sobre la determinación del carácter de internacionalidad del arbitraje. En esta ley se menciona, que para que el arbitraje tenga este carácter las partes tienen que estar sujetas o bien a diferentes jurisdicciones según sus estados cede, o bien, que se encuentre en otro estado, o el lugar de arbitraje pactado, o una parte esencial de la obligación pactada. Y en último lugar, y como resulta obvio, que en esta situación se encuentre involucrado más de un estado.²

Ahora bien al referirnos al arbitraje internacional no estamos hablando de arbitraje extranjero, ya que este último hace referencia a que el arbitraje se lleve a cabo en un lugar diferente al estado del que se trate mientras que el primero tiene en cuenta, otros puntos en consideración, y además su carácter internacional, debe ser convenido por las partes.³

El arbitraje internacional, ha venido cobrando gran importancia debido al aumento en la celebración de los tratados de libre comercio, a la expansión de la práctica comercial y al proceso de globalización que ha hecho que las relaciones entre los estados así como entre

-
- b) Arbitraje entre un Estado y un agente económico nacional de otro Estado en asuntos de naturaleza privada, y
 - c) Arbitraje entre agentes económicos de diversos Estados entre sí respecto de negocios de naturaleza privada.

² Ibid., p. 249 y ss.

³ Ibid., p. 254.

los particulares y los diferentes estados hayan aumentado considerablemente en los últimos tiempos.

1.2 DESARROLLO DEL ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL EN COLOMBIA

El arbitramento se admite en Colombia desde el año 1890 y tradicionalmente se le ha reconocido un carácter jurisdiccional, es decir que se han equiparado los árbitros a los jueces y los laudos a las sentencias. El fundamento normativo, actual, del arbitramento en Colombia lo encontramos en el inciso final del artículo 116 de nuestra Constitución Política, el cual dispone que:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

De la disposición citada se desprende el carácter jurisdiccional otorgado a esta figura así como la característica fundamental que lo distingue la cual corresponde al convenio de las partes de manera libre y voluntaria, de habilitar a los árbitros para administrar justicia.

En un comienzo en Colombia no se establecía una definición para el arbitramento internacional, aplicándose por tanto la doctrina, en la cual primaba la concepción de la intromisión de un elemento extranjero para que pudiera hablarse de tal, así mismo se establecía que esto se presentaba o bien por que las partes se encontraran residiendo en diferentes estados, o bien por que tuviera una de las partes conexión con varios estados.

En nuestro país como en el resto del mundo, el arbitramento internacional se rige de acuerdo a los tratados internacionales que el estado del que se trate haya suscrito.

En el año de 1.993, con la expedición de la Ley 80 se reguló lo referente a la aplicación del arbitramento internacional en materia de contratación estatal, tema del cual, aunque hablaremos más adelante, podemos adelantar que este método se implementó por parte de la administración como mecanismo para lograr la dinamización y desarrollo de sus procesos con el fin de contribuir en la eficiencia de la administración.

En 1.996 mediante la expedición de la Ley 315 se fijan criterios diferenciadores de arbitraje internacional⁴, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes: (i) debe existir la celebración de un acuerdo arbitral, (ii) las partes que lo suscriben deben encontrarse domiciliadas en diferentes países, (iii) que el lugar pactado por las partes para la

⁴ Ibid., p. 250 y ss.

celebración del arbitramento, sea otro diferente al estado donde cada una se encuentra, (iv) debe afectarse los intereses de más de un estado o los intereses del comercio internacional.

En esta Ley se le da un mayor campo de acción al arbitraje internacional, ya que a diferencia de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, no solo trata de materia comercial sino también de otras materias, pudiendo intervenir en áreas como la civil, la penal, etc.,. Otra diferencia con la Ley Modelo, es la referente a que las partes deben encontrarse domiciliadas en diferentes estados, dándole, la Ley 315 un marco genérico que implica también asuntos civiles, tal vez como consecuencia del carácter abierto del primer punto, en donde explicamos que la Ley Modelo, que se refiere al aspecto comercial en la aplicación de éste mecanismo de solución de conflictos, especifica también que las partes deben encontrarse establecidas en diferentes estados, con lo cual se reafirma su limitación comercial.

Lo anterior implica que para aplicar la Ley 315 basta solo analizar que la parte sustancial de la obligación, que es materia de controversia, se encuentre en un lugar diferente a su domicilio principal y que éste conflicto pueda generar consecuencias directas sobre los intereses del comercio internacional. Por esto la Ley 315 se convierte en un medio más preciso para determinar la internacionalidad del arbitramento, ya que solo deben contemplarse estos dos aspectos, que en la práctica no generan vacíos ni dan lugar a dudas.

En el año de 1998 es promulgado el Decreto 1818, según el cual los criterios del arbitramento internacional son (i) la comercialidad, siempre que haya transferencias de dinero de un país a otro existe comercio y arbitraje internacional y (ii) la afectación de intereses comerciales internacionales, lo cual implica el intercambio de bienes intangibles entre países.

El arbitramento internacional se basa en principios similares a la Lex Mercatoria y las partes no conocen que norma jurídica se les va a aplicar, a diferencia de lo que sucede en el derecho interno, lo cual nos muestra que en éste nivel las partes carecen de seguridad jurídica.

Podemos al respecto concluir diciendo que en términos más generales, que en nuestro país es más preciso diferenciar el arbitraje internacional del doméstico ya que si dentro del caso que estemos analizando no se encuentra ningún elemento extranjero, el arbitramento será doméstico, y por tanto se realizará en Colombia.

El exequator⁵ en nuestro país, como todo lo referente al arbitramento internacional se rige por los tratados internacionales de derecho público suscritos por Colombia, pero en caso de no ser así puede aplicarse la reciprocidad entre los Estados de carácter legislativo, siempre que ésta pueda de manera inequívoca ser verificada. Lo que nos indica que de no aplicarse un tratado, entonces se recurrirá a la reciprocidad es decir que esté en la Ley o que se

⁵ Es la aplicabilidad de una sentencia proferida en el exterior o en éste caso de un laudo dentro del país.

otorgue efecto a las decisiones de nuestro país según el tribunal extranjero. Pero para que lo anterior sea posible es necesario acudir a los requisitos impuestos por el Código de Procedimiento Civil artículo 694 y las decisiones impuestas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, comprobando con anterioridad si el juez o el tribunal internacional que ha tomado la decisión era competente, es decir como todos conocemos que no se haya acordado acudir a éste medio a través de una cláusula o de un compromiso.

2. EL ARBITRAMENTO EN COLOMBIA

2.1 HISTORIA DEL ARBITRAMENTO

Recordando nuestros inicios cuando comenzó a dejarse en manos de un tercero la resolución de los conflictos y con el avance en materia de derecho, claro está, de la mano de la imparcialidad éste proceso poco a poco fue afianzándose hasta comenzar a regularse legalmente.

En nuestro país comienza esta práctica a partir de la expedición de la Ley 105 de 1.890, la cual dio la autorización para que los conflictos transigibles que se presentaran entre personas capaces se pudieran someter a la decisión de un árbitro, dándole carácter jurisdiccional al arbitramento, conforme por supuesto a la legislación vigente existente. En ésta como en las leyes 103 de 1.923 y 105 de 1.931, se establece como fuente de éste mecanismo, el compromiso que realizaban las partes, presentando sin embargo una disparidad en cuanto la Ley 103 lo despoja de su carácter jurisdiccional, configurándolo como una figura contractual, y corresponde a la Ley 105 de 1.931 devolverle éste carácter.

Tiempo después y con la entrada en rigor de la Ley 2 de 1.938, se implanta la validez de las cláusulas compromisorias, lo cual significa el reconocimiento como fuente a la cláusula, con la especificación que se realizará por personas capaces en los contratos, respecto de materias de carácter transigible. Lo anterior en concordancia con lo contenido en los Códigos de Procedimiento Civil y Comercial.

En ese mismo año con la Ley 28 se le da autorización a las Cámaras de Comercio para prestar el servicio de árbitros o de amigables componedores respecto de conflictos que se

suscitaran entre los comerciantes. En la actualidad el Código de Comercio, señala las funciones correspondientes a las Cámaras de Comercio.

A partir del año de 1.970, el Código de Procedimiento Civil regula esta técnica, y en 1.971 en el Código de Comercio implementa éste método, con las mismas normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.⁶

El Decreto 2279 de 1.989, regula todo lo concerniente al arbitramento derogando lo contenido en los anteriores códigos, sin embargo no menciona como una de las clases al arbitramento institucional, y sólo hasta la aparición de la Ley 23 de 1.991, que modifica algunos de sus artículos, implanta esta modalidad, estableciendo también la conciliación en equidad y los Centros de Conciliación.

Algunos de los artículos más relevantes del Decreto 2279/1.989 señalan:

Artículo 130.- Arbitramento voluntario. Los patrones y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surjan entre ellos por razón de sus relaciones de trabajo sean dirimidas por arbitradores.

Artículo 131.- Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria deberá hacerse constar siempre por escrito, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente.

Artículo 132.- Designación de árbitros. Las partes podrán designar uno o varios árbitros, como a bien lo tengan, y comprometer en corporaciones nacionales de cualquier clase. Si las partes no hubieren acordado la manera de hacer la designación, cada una de ellas nombrará un árbitro, y éstos, como primera providencia, designarán un tercero que con ellos integre el tribunal. Si los dos arbitradores escogidos por las partes no se pusieren de acuerdo en el término de veinticuatro horas, será tercero el respectivo inspector seccional del trabajo, y en su defecto el alcalde del lugar. Si la parte obligada a nombrar árbitro no lo hiciere o se mostrare renuente, el juez del lugar, previo requerimiento de tres días, procederá a designarlo.

Artículo 133.- Reemplazo de árbitros. En caso de falta o impedimento de alguno de los árbitros, se procederá a reemplazarlo en la misma forma en que se hizo la designación. Si una de las partes se mostrare renuente, a reemplazar al árbitro que le corresponde, los dos restantes, previo requerimiento a la parte renuente con un término de tres días, procederán a hacer tal designación.

⁶ GAMBOA SERRANO, Rafael H. El Proceso arbitral. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1.990. pág. 2.

Artículo 134.- Audiencia. El árbitro o los árbitros señalarán día y hora para oír a las partes, examinar los testigos que presenten, enterarse de los documentos que exhiban y de las razones que aleguen.

Artículo 135.- Término para fallar. Los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez días, contados desde la integración del tribunal. Las partes podrán ampliar este plazo.

Artículo 136.- Forma del fallo. El laudo se extenderá a continuación de lo actuado y deberá acomodarse en lo posible a las sentencias que dicten los jueces en los juicios del trabajo.

Artículo 137.- Existencia de litigio. Cuando fuere el caso, se aplicará el artículo 1219 del Código Judicial.

Artículo 138.- Honorarios y gastos. Los honorarios y gastos del tribunal se pagarán por partes iguales, salvo que los interesados acuerden otra forma de pago.

Artículo 139.- Procedimiento establecido en convenciones colectivas. Cuando en una convención colectiva las partes estipulen el establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente, se estará a los términos de la convención, en todo lo relacionado con su constitución, competencia y procedimiento para la decisión de las controversias correspondientes, y sólo a falta de disposición especial se aplicarán las normas del presente capítulo.

Artículo 140.- Mérito del laudo. El fallo arbitral se notificará personalmente a las partes, hará tránsito a cosa juzgada y sólo será susceptible del recurso de homologación de que trata el artículo siguiente.

Artículo 141.- Recurso de homologación. Establécese un recurso extraordinario de homologación para ante el respectivo tribunal seccional del trabajo (hoy Sala Laboral del Tribunal Superior), contra los laudos arbitrales de que tratan los artículos anteriores. Este recurso deberá interponerse por cualquiera de las partes dentro de los tres días siguientes a la notificación del laudo, y si así sucede, el proceso se enviará original al tribunal seccional respectivo, dentro de los dos que siguen.

Artículo 142.- Trámite. Recibido el expediente en el tribunal y efectuado el reparto, el magistrado sustanciador presentará proyecto de sentencia dentro de diez días y el tribunal resolverá dentro de los diez días siguientes. Si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria y no afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, o por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes, el tribunal lo homologará. En caso contrario, lo anulará y dictará

la providencia que lo reemplace. Contra estas decisiones del tribunal seccional (hoy sala laboral del tribunal) no habrá recurso alguno.

Artículo 143.- Homologación de laudos de tribunales especiales. El laudo que profiera un tribunal especial de arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, será remitido con todos sus antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo (hoy Sala Laboral de la Corte Suprema), para su homologación, a solicitud de una de las partes o de ambas, presentada dentro de los tres días siguientes al de su notificación. El Tribunal, dentro del término de cinco días, verificará la regularidad del laudo y lo declarará executable, confiriéndole fuerza de sentencia, si el tribunal de arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario.

Si el Tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido.

Claro que éste aspecto depende de la legislación existente del país de que se trate, en el nuestro de acuerdo con la Ley 23 de 1.991 artículo 96, es aplicable sobre asuntos de carácter transigible, y por regla general no lo son los asuntos referentes a la moral y las buenas costumbres, los delitos, las contravenciones.

El arbitraje internacional no estuvo regulado en nuestro país sino hasta la expedición de la Ley 315 de 1.996, la cual entre los aspectos más importantes que contiene, contempla los criterios para determinar que el arbitramento es de carácter internacional, y la aplicabilidad de los tratados de derecho internacional público.

En el año de 1.998, con la expedición del Decreto 1818 se regula también lo concerniente a éste método alternativo de solución de conflictos, en particular desde su artículo 15, el cual lo define como un mecanismo por medio del cual, las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. En éste mismo Decreto se definen también aspectos como sus elementos, fuentes, modalidades y otros que más adelante entraremos a estudiar.

La Constitución Nacional de 1.991 en su articulado contiene las bases que le confieren al arbitramento su funcionalidad como jurisdicción especial habilitada para la administración de justicia, esto con el fin de darle más celeridad y eficiencia a la correcta administración de justicia.

En la actualidad el arbitramento es un medio utilizado por la mayoría de los estados y constituye uno de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos más utilizados, debido a que su práctica es menos costosa (aunque para algunos doctrinantes esto no es del todo

cierto, ya que como lo menciona GAMBOA SERRANO⁷, éste constituye un método costoso y algo selectivo en su práctica, a diferencia de los escritos y la normatividad existente, en la práctica no cualquiera puede acceder a éste método, por los costos que implican instaurarlo, como corresponde al pago de los árbitros, lo que lo hace selectivo y poco accesible), y más rápida sin descontar que los árbitros son personas que tienen especialización sobre diferentes materias ya sea de carácter técnico, legal o de equidad, así mismo por que son las partes las que tienen la libertad de elegir su procedimiento, la Ley que se aplicará y por supuesto los árbitros.

2.2 DESARROLLO DEL ARBITRAMIENTO

La definición legal de éste método la encontramos en el Decreto 1818 de 1998, como lo vimos anteriormente, de ésta definición podemos por tanto pasar a los elementos que contiene que son; la misión jurisdiccional del árbitro, que corresponde a la decisión del árbitro resolviendo el conflicto que se encuentra incorporada en el laudo y es de obligatorio cumplimiento para las partes. Y el fundamento convencional del arbitraje, que equivale al pacto que hacen las partes de manera voluntaria de dar esa tarea a los árbitros.

Para entender como se desarrolla este método es necesario aclarar los puntos más significativos de su estudio, por esto nos detendremos un poco en éste aspecto antes de continuar con el tema que nos ocupa.

2.2.1 Fuentes del arbitramento A saber las fuentes del arbitramento son de dos clases, la primera cuando nos encontramos frente al derecho interno, en donde encontramos al Decreto 1818 de 1.998, al Código de Procedimiento Civil, al Reglamento del Centro de Arbitraje y, a la voluntad de las partes; y en segundo lugar cuando nos encontramos frente al derecho internacional, en donde encontramos los tratados internacionales, el Reglamento Interno de la Cámara de Comercio Internacional, la voluntad de las partes y las convenciones de las asociaciones especializadas en el arbitraje internacional.

2.2.2 Modalidades del arbitramento Las modalidades del arbitramento son según el artículo 115 del Decreto 1818; en derecho, en el cual, el árbitro fundamenta la decisión en el derecho vigente, lo cual implica que el árbitro tiene que ser abogado titulado, por que la sustanciación es en derecho, si en la cláusula no se dice nada, el arbitramento será en derecho; Arbitramento en equidad, en el cual la decisión se fundamenta en el sentido común, lo que implica que los árbitros deben ser personas honestas; Y el arbitraje técnico,

⁷ Ibid., p. 3

en el que la decisión se funda en conocimientos específicos, en una ciencia, profesión u oficio.

2.2.3 Clases de arbitramento El arbitramento puede ser de tres clases:

Independiente: esta clase de arbitramento se caracteriza por otorgar a las partes la facultad de convenir cuáles serán las reglas que regirán el trámite arbitral. Las partes toman esta decisión de manera voluntaria y directa, de forma tal que se aplica la Ley contractual.

Institucional: se basa en el reglamento interno de la entidad que va a efectuar el arbitraje, como por ejemplo, la Cámara de Comercio.

Legal: corresponde a la aplicación del Decreto 1818 de 1.998 y del Código de Procedimiento Civil, cuando las partes guardan silencio respecto de éste punto.

Otro aspecto a resaltar, es la de precisar algunos de los términos, más importantes de éste mecanismo, que corresponden a:

Pacto o convención arbitral: En el derecho interno la conocemos como pacto arbitral únicamente, pero en el ámbito internacional se denomina convención arbitral (Decreto 1818 de 1.998). Corresponde a la voluntad de las partes de someter un conflicto a otras personas. El pacto arbitral es autónomo respecto del contrato, lo que significa que el pacto es independiente del contrato principal que es el objeto del arbitramento. Las clases de pacto arbitral son la cláusula compromisoria y el compromiso.⁸

Cláusula Compromisoria: Es una cláusula que se incorpora a un contrato expresamente o en un pacto accesorio a éste y es anterior al litigio, en la cual las partes del contrato convienen que en caso de sobrevenir controversias y que éstas sean susceptibles de la práctica arbitral utilizarán éste medio, sus condiciones de validez, corresponde a condiciones de forma, la cual consiste en que debe ser escrita por motivos de prueba y contenida dentro de un contrato o documento anexo.

El alcance de esta, está limitada por el orden público y versa solo sobre materias transigibles. Sus efectos son tres; la incompetencia de las jurisdicciones ordinarias, en primer lugar. En segundo lugar, las medidas cautelares se efectuarán por el Juez, una vez le sea solicitado por escrito y por último la activación del arbitraje se da directamente por las partes en el centro de arbitramento más cercano al domicilio del demandado, si éste se declara incompetente se llevará al Ministerio de Justicia para que lo designe.

El compromiso: El compromiso es el negocio jurídico por el cual, las partes involucradas en un conflicto que es objeto o no de un proceso legal, acuerdan resolverlo acudiendo a un

⁸ MONROY CABRA, Op. cit. p. 94. En esta y las páginas siguientes, puede encontrarse una descripción de los términos estudiados.

tribunal de arbitramento. Sus condiciones de validez, son de dos clases: de forma, refiriéndose a que debe ser escrito; y de contenido, haciendo referencia a que en este escrito debe contenerse por lo menos, el nombre y domicilio de las partes, las materias que serán sometidas al arbitramento y si existe proceso en curso. El alcance del compromiso se limita a que las materias sobre las que verse sean de carácter transigible, y que no se refieran a materias de orden público. El efecto principal que conlleva es el de sustraer el conflicto de la jurisdicción ordinaria.

Árbitros: Corresponde a la persona física y no moral o jurídica, debe ser mayor de edad, sin interdicciones, abogado titulado e inscrito. El árbitro debe presentar por lo menos tres cualidades principales y de gran importancia; la independencia con respecto a los hechos, la imparcialidad con respecto a la decisión a tomar en el litigio y la neutralidad respecto al medio, es decir no estar influenciado por motivos de raza, cultura, sociedad, etc.

La aceptación del árbitro puede ser tácita, cuando lo hace mediante la realización de actos idóneos que revelan su aceptación, o expresa, cuando acepta por escrito. Para esta aceptación se debe tener en cuenta que el árbitro no debe estar impedido para hacer parte del proceso. Una vez ha aceptado esta implícito la generación de efectos que son: la obligación de las partes de cumplir con las obligaciones impuestas por el árbitro, el árbitro debe determinar los hechos, calificar las pruebas y proferir el laudo arbitral y por último la responsabilidad recae en un cien por ciento sobre el procedimiento, esta responsabilidad es derivada de una acción de impulsión por las partes frente al árbitro.

2.2.4 El trámite arbitral Su trámite inicia en algunos casos con una demanda de parte, conforme con los artículos 75, 420 a 428 del Código de Procedimiento Civil; luego una vez interpuesto se realiza una citación a audiencia de conciliación, una vez efectuada la conciliación puede ocurrir, que si existe conciliación el proceso se acabe, si no existe conciliación continua éste trámite y se procede a nombrar los árbitros, luego se fija fecha para la audiencia denominada primera audiencia de trámite. Luego del nombramiento de los árbitros, los nombrados tienen cinco días para realizar la aceptación, la cual debe realizarse por escrito, si pasado éste término no se pronuncian, este silencio se tiene como rechazo a su nombramiento, por lo cual se tiene que fijar otro. Una vez posesionados los árbitros, en caso de ser tres, se reúnen y nombran a uno como presidente, y un secretario, el cual no es uno de los árbitros sino, una persona ajena al proceso.

La primera audiencia de trámite, es aquella en que se estudia la cláusula compromisoria leyendo el contrato, para aplicar el principio de competencia - competencia,⁹ el cual se aplica con el fin de establecer si son competentes o no, en esta audiencia realizan también

⁹ Este principio corresponde a la autoevaluación realizada por los árbitros sobre su competencia para conocer el conflicto que dio origen al tribunal de arbitramento.

un estudio de la validez de la cláusula compromisoria. Su pronunciamiento es susceptible de recurso de reposición.¹⁰

2.2.4.1 Desarrollo del proceso de arbitramento como tal Una vez efectuada la primera audiencia de trámite, se realizan las demás audiencias en número necesario para el desarrollo del proceso, las cuales pueden o no ser en presencia de las partes. En estas audiencias se realizan aspectos fundamentales para el correcto estudio del caso, tales como, la presentación y práctica de pruebas sean estas aportadas por las partes o decretadas de oficio. Respecto de dichas pruebas hay un pronunciamiento o providencia contra la cual no cabe recurso alguno, contra la providencia que admite o niega pruebas, cabe el recurso de reposición.

Las medidas cautelares son solicitadas por las partes, y son de dos tipos; de inscripción de bienes que están sujetos a registro y las de embargo y secuestro de bienes muebles. El árbitro luego de esto hace un oficio, en el que solicita seguir el bien durante el proceso, por tanto, ese bien registrado se puede vender o negociar, por esto la persona a la que se transfiera el bien, tiene la obligación de responder por la existencia de ese bien al momento en que se emita el correspondiente laudo arbitral a favor, toda vez que dicho laudo bien se encuentra sujeto a inscripción en virtud del trámite arbitral.

En caso de bienes muebles se sigue el mismo trámite, es decir se hace un oficio por los árbitros mediante el cual se solicita el embargo y secuestro del bien del que se trate, y posteriormente los bienes se entregan a un secuestro que puede ser las partes, siempre y cuando presten caución o garantía, o una entidad como por ejemplo una empresa fiduciaria o un depósito.

La audiencia de fallo, es aquella audiencia, en la que los árbitros entregan el expediente al secretario y éste lee la totalidad del texto del laudo, haciendo énfasis en las partes importantes del mismo, y se entrega una copia a cada parte; dicho texto incluye la liquidación de cuotas y la fijación de los honorarios.

El laudo arbitral: Esta decisión no es otra cosa que el equivalente a la decisión tomada por el juez y plasmada en la sentencia, ya que este escrito corresponde a una decisión de carácter definitivo que pone fin a una controversia que se ha sometido a la "consideración" de un tribunal de arbitramento. Esta posición ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia.¹¹

¹⁰ Es de resaltar que este trámite que se realizaba ante los directores de los Centros de Arbitraje y Conciliación, a partir de la sentencia C-1038 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, deberán adelantarse ante los árbitros una vez hayan asumido competencia. En la actualidad y debido a lo reciente de la sentencia, no se sabe a con certeza cual va a ser el efecto que en la práctica vaya a tener la sentencia.

¹¹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de arbitramento, Manual Práctico. Segunda edición, Bogotá: editorial Producción Editorial, departamento de publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. 2.002. pág. 271.

El laudo debe contener; La designación de las partes, los antecedentes, la parte motiva, la parte resolutive. No sobra recordar que en materia de arbitramento se aplica el principio de verdad sabida, buena fe guardada, sin embargo en nuestro derecho la práctica de este proceso implica una decisión motivada tal como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia,¹² sin embargo dado el carácter discrecional que se le concede a las partes estas pueden acordar que el fallo no sea motivado, basados también en el principio de libertad en el procedimiento.

Es importante resaltar que en nuestro país no es un impedimento para la ejecución de la decisión que ésta sea protocolizada, pero si es de suma importancia que el fallo resuelva de manera clara y concisa las materias sobre las que versa el conflicto. Conforme a la Ley 446 de 1.998 en su artículo 16, los árbitros actuando como jueces en el proceso deben fijar las condenas respectivas conforme al sistema que consideren más idóneo a los hechos y a la realidad del conflicto.

El laudo se falla por la mayoría de votos de los árbitros, aunque existe la posibilidad de salvar el voto, el cual debe ser motivado, tal como lo describe el artículo 158 del Decreto 1818 de 1.998. Respecto del tiempo en que éste debe presentarse la doctrina ha presentado diferentes argumentos, al respecto nos sentimos de acuerdo con lo establecido por el Nuevo Régimen de Arbitramento, en donde se considera que el escrito de salvamento debe presentarse simultáneamente a la decisión,¹³ toda vez que es necesario que éste sea leído en la audiencia de fallo y debido a que una vez ejecutoriado el fallo, el tribunal termina su gestión. Por tal razón consideran que en una única audiencia debe ser leído la decisión y el salvamento.

El laudo puede ser aclarado, corregido o complementado, para lo cual debe tenerse en cuenta lo que la normatividad existente ha establecido para tales casos, normas como el Decreto 1818 de 1.998. Así mismo deben considerarse los requisitos que la normatividad y la jurisprudencia señalan para cada caso.¹⁴

¹² Ibid., p. 274.

¹³ Ibid., p. 11.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Gaceta Judicial, tomo CXVIII, p.6. tomado de GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de arbitramento, Manual Práctico. Segunda edición, Bogotá: editorial Producción Editorial, departamento de publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. 2.002. pág. 271. Tal como los requisitos que señala la honorable para la aclaración, señalando que son: "- Que se trate del laudo.

- Que el motivo de duda sobre el alcance de la frase sea verdadero y no simplemente aparente.

- Que el motivo de duda sea apreciado por el tribunal.

- Que no se trate de aclarar puntos meramente académicos o especulativos.

- Que si la aclaración es solicitada por una de las partes, ésta indique de manera precisa las partes oscuras, ambiguas o dudosas.

- Que con la aclaración no se produzca la modificación, alteración o reforma del laudo.

- Que la aclaración no tenga como fin renovar la controversia sobre la legalidad de las cuestiones resueltas en el laudo".

2.3 EL ARBITRAMENTO EN LA ACTUALIDAD

Sobre el tema debemos comenzar por un aspecto determinante de éste Método Alternativo de solución de Controversias, el cual no es otro, que la determinación de la naturaleza del arbitramento. La doctrina se encuentra dividida al respecto, por una parte se considera que el arbitramento tiene naturaleza puramente contractual, derivada por tanto de la voluntad privada de someterse a los tribunales de arbitramento y a obligarse a cumplir la decisión que estos tomen conforme al mismo carácter obligacional del contrato.

De otro lado quienes consideran que el arbitramento tiene una doble naturaleza, tal como lo afirma MONROY CABRA; la primera de índole material, corresponde al acuerdo que realizan las partes ya sea cláusula compromisoria o compromiso que no es otra cosa más que un contrato; La segunda de carácter jurisprudencial, en cuanto su trámite constituye un proceso y los árbitros realizan el papel de los jueces, con la atribución de las mismas facultades que la jurisdicción concede a los primeros, lo anterior evidenciado en la eficacia del laudo, correspondiente a la de una sentencia expedida por un juez, ya que la decisión del árbitro obliga a las partes, presta mérito ejecutivo y hace transito a cosa juzgada.¹⁵ Y por último, quienes sostienen que la naturaleza del arbitramento es de carácter jurisdiccional.

En nuestro país el carácter que prima es el jurisdiccional y esto se hace evidente en la legislación existente sobre la materia, tal como se consagra en el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Lo anterior se concluye también de la facultad transitoria de los árbitros de ejercer la función jurisdiccional en procesos derivados de un contrato donde las partes convienen en recurrir a éste mecanismo, por esto el proceso arbitral se equipara al judicial ya que las partes previo acuerdo se obligan a recurrir a éste mecanismo y aceptar su decisión.

2.3.1 Normatividad aplicable al arbitramento en Colombia En primera instancia recordemos que la Constitución Nacional en su artículo 116 lo reconoce, además encontramos el Decreto 2279 de 1.989, y la modificación a éste realizada por la Ley 23 de 1.991, la ley 486 de 1998 y el Decreto 1818 de 1.998. Así mismo el arbitramento en nuestro país se encuentra regulado por los tratados internacionales en donde se especifican las condiciones que encierra este mecanismo.

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional a través de la sentencia 1038 del 28 de noviembre de 2002 declaró inexecutable gran parte del trámite prearbitral que se surtía ante los directores de los Centros de Arbitraje y Conciliación. De tal suerte que a partir de la mencionada sentencia, sólo los árbitros tienen facultades jurisdiccionales, por lo que la

¹⁵ MONROY CABRA, Op. cit. p. 77.

demanda arbitral deberá ser presentada ante ellos y no ante los centros de arbitraje y conciliación.

Teniendo en cuenta que los laudos a analizar tienen como parte bien sea convocante o convocada al Estado es necesario hacer un breve análisis de la relación entre el arbitraje y la contratación administrativa, la forma en que los conflictos suscitados en virtud de tales contratos son resueltos por los tribunales de arbitramento.

Hasta el año de 1.964, se consideraba que ésta práctica era posible solo para los conflictos de carácter privado que se presentaban, y en asuntos que estuvieran relacionados con la administración solo era posible si existía una autorización legal previa. A partir de ese año con la entrada en vigor de la Ley 4, se faculta a las entidades estatales para acudir a éste medio para resolver las controversias derivadas de las relaciones contractuales que tengan. Los contratos sobre los que podía realizarse esta modalidad eran aquellos que se suscribían para realizar determinadas actividades, y debía además realizarse el arbitraje de carácter técnico o legal, más no el arbitramento en equidad.¹⁶

En 1.966 con la Ley 36, se autoriza a la administración para que en sus contratos se incluya la cláusula arbitral. Otro decreto de gran importancia pero que solo mencionaremos es el Decreto 222 de 1.983, el cual a excepción de sus artículos 108 a 113 fue derogado por la Ley 80 de 1.993, Estatuto General de Contratación Administrativa. Este estatuto presenta los principios que rigen en materia administrativa para la solución de controversias, así mismo contiene los aspectos más importantes para la realización del mecanismo en materia de contratación estatal, lo cual puede apreciarse en sus artículos 2, y 68 a 75, por lo cual los presentaremos a continuación:

El artículo segundo, menciona las entidades estatales que pueden acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos.

El artículo 68, que contiene los siguientes aspectos;

a) respecto de la transacción se atiene también a lo contenido en el Código de Procedimiento Civil artículo 431 y por supuesto al Código Contencioso Administrativo artículo 218, que hace referencia a la autorización previa que debe obtenerse por parte del gobierno nacional o al representante de la entidad correspondiente

b) se refiere obviamente al arbitramento legal y a la referencia supletiva de las normas sobre arbitraje.

También implementa un requerimiento respecto al número de árbitros ya que consagra que debe ser en número impar, el que las partes dispongan, o a falta de tal disposición tres y

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA. Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXIII, págs. 7 y ss. tomado de MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda edición, Bogotá, editorial Legis Editores S. A., 1.998. pág. 71. "los contratos en los cuales se permitía pactar la cláusula compromisoria eran aquellos necesarios para realizar *estudios, construcciones, mejora y conservación de obras que corresponde ejecutar a estas entidades, y para ejercer la interventoría de las labores de los contratistas*. La jurisprudencia del Consejo de Estado precisó que en este caso no se podía aplicar el arbitraje en conciencia, ni omitir la caducidad administrativa, y que se seguía aplicando el régimen legal que correspondía a la contratación administrativa."

respecto de la menor cuantía uno. Así mismo, permite la utilización de este método de carácter internacional en aquellos contratos que se suscriban con personas extranjeras que versen sobre un financiamiento a largo plazo.

El artículo 71, establece la autorización para la utilización del compromiso cuando no se haya realizado cláusula compromisoria.

El artículo 72, concede la utilización del recurso de anulación contra los laudos arbitrales.

El artículo 73, menciona que en caso de conflictos que surjan por contratos estatales, las entidades del estado pueden acordar con la otra parte dirimir el conflicto en centros de conciliación y arbitraje de carácter institucional, es decir acudiendo a las Cámaras de Comercio y demás entidades afines.

El artículo 74, autoriza la utilización del peritaje técnico como prueba en esta práctica

El artículo 75, menciona que esta norma permite la utilización de la conciliación cuando en el proceso ya se han practicado pruebas. "si hay temeridad en la posición conciliatoria de alguna de las partes, se condenará a la misma, o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del tesoro nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales".

El régimen aplicable en la actualidad favorece la práctica del arbitramento en lo concerniente a contratación administrativa y además menciona la aplicación supletoria de la legislación actual, así como "acepta" la utilización del arbitraje de carácter nacional e internacional. Todo lo anterior contribuye con la unificación de criterios en materia jurisprudencial y doctrinaria así como la ampliación en la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos particularmente del arbitramento en materia de contratación administrativa.

3. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.1 CAMPO DE APLICACIÓN

En materia de contratación administrativa debemos tener en cuenta que su aplicación será dependiendo del sujeto o del objeto.

3.1.1. Sujetos:

A. Entidades estatales: El artículo 2º de la Ley 80 de 1.993 enuncia cuáles son las entidades estatales que están sujetas a la ley 80 de 1993. Es importante tener en cuenta que se rompe un criterio clásico de capacidad contractual, como es la *personalidad* al realizar los contratos administrativos. Permite el legislador de 1.993, que se contrate sin necesidad de tener capacidad, aspecto que es respaldado por la Corte, quien lo declara exequible en un momento en que es discutida su aplicabilidad. Lo que la Ley persigue es una mayor aplicación y capacidad contractual sin personalidad jurídica, por que si no deben contratar por medio de quien tenga personalidad jurídica.

B. Personas de derecho privado: Se aplica a personas que no están vinculadas al derecho público directamente, gracias a la aplicación mixta. Esta aplicación consiste en la sujeción a las normas de derecho administrativo, cuando las personas de derecho privado contratan con entidades públicas, administrativas, estatales y por lo tanto lo ubica en el régimen aplicable de la Ley 80 de 1.993 y sus decretos reglamentarios. Sin embargo su aplicabilidad

se sujeta también a lo contenido en el Código Civil sobre capacidad; "Por regla general todos somos capaces, excepto que sea incapaz".

La Ley 80 de 1.993, en su artículo 7, sobre el punto anterior trae dos figuras nuevas que posibilitan a las personas naturales y jurídicas para que participen en Concurso o licitación pública; consorcios y uniones temporales.

B.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: Se encuentra en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 80 de 1.993. Cuando una persona va a contratar con el Estado se le aplica este régimen por el tiempo del contrato y un año más.

Recordemos que la inhabilidad se predica de la persona, y la incompatibilidad se predica del cargo.

Al respecto, el artículo 8 de la Ley 80 de 1.993 al tratar el tema de las inhabilidades e incompatibilidades señala las diferentes causales por las cuales una persona puede estar impedida para contratar con el estado.

En efecto, el numeral primero del artículo 8 establece cuáles son las razones por las que una persona, teniendo en cuenta sus cualidades personales o conductas, es inhábil para contratar. Por su parte el numeral segundo establece cuáles son las causales de incompatibilidad para contratar con el estado.

3.1.2. Objeto: Lo encontramos regulado en los artículos 1, 2 y 32 de la Ley 80 de 1.993 y nos habla de su aplicabilidad en contratos regulados fundamentalmente en las normas civiles y comerciales. La Ley 80 de 1.993 establece también que puede ser aplicada en los contratos innominados; esto es todo acuerdo de voluntades en que se obligan entre sus entidades administrativas o personas de Derecho Privado.

3.2 RESEÑA HISTORICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.2.1 Evolución histórica en Colombia Con el primer Código Contencioso Administrativo expedido con la Ley 167/41, cuando un contrato celebrado por el Estado suscitaba controversias no tenía un régimen especial y por lo tanto no establecía competencia.

Con el Decreto 528/64, se empieza a manifestar el concepto de contrato administrativo, concepto en el cual, lo que lo caracteriza como administrativo es que el contrato contenga cláusulas de caducidad. Lo cual se evidenciaba en contratos de explotación, y de obra entre otros. Pero aún no se tenía una definición.

En el año de 1.975, con la expedición del Decreto 1670/75, no se define el contrato administrativo aun.

El Decreto 222/83, que se expidió con facultades extraordinarias, enunciaba en el artículo 16 cuales eran los contratos considerados administrativos, sin embargo, este decreto tampoco contiene una definición de estos contratos.

Con la expedición de la Ley 80 de 1.993, en un momento en que el país sufría grandes cambios normativos, tras la reciente expedición de la nueva Constitución y la política anti-trámite que pretendía implantarse, se puede enmarcar toda la renovación que sufre el ordenamiento jurídico. Esta Ley aparentemente trae una noción diferente, ya que habla de contrato estatal y no de contrato administrativo, sin embargo a pesar de establecer la definición de contrato estatal, no hace la diferenciación entre los distintos contratos. En el artículo 13 de la Ley 80 de 1.993, se establece que primero se aplica el régimen civil y comercial y después el régimen especial. En el artículo 32 de esta misma Ley, se define los contratos estatales, como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades; Pero contiene una imprecisión por que habla de acto jurídico, en cuanto debe ser un contrato, además vuelve al criterio jurisprudencial por su objeto y no riñe con el régimen aplicable. Enuncia los siguientes contratos como estatales:

- Contrato de Obra
- Contrato de Consultoría
- Contrato de Prestación de Servicios
- Contrato de Concesión
- Encargos fiduciarios y fiducia pública.

La Ley 80 de 1.993, en su artículo 77 dispone, que a falta de normas procesales en materia especial, debemos remitirnos al Procedimiento Civil. El artículo 40 de ésta Ley, nos dice que las estipulaciones de los contratos estatales serán las que según las normas civiles, comerciales y las previstas por esta Ley correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad. En los contratos podrán incluirse las modalidades, condiciones y las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no vayan en contra de la Constitución Nacional, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y los de la buena administración.

El tratadista LIBARDO RODRÍGUEZ, tiene la teoría de mantener el contrato administrativo con el fundamento en la jurisdicción competente para conocer de los conflictos producto del contrato. Afirma también, que los contratos administrativos presentan una regulación normativa diferente a la que se aplica a los contratos privados, esto al parecer por los elementos especiales que contienen y de los cuales se deduce su calidad, tales como; calidad del contratista; régimen de inhabilidades e incompatibilidades, calidad del contratante y la selección del contratista.

El autor considera también que la regulación de los contratos administrativos, es una regulación mixta, en la cual se aplican las normas de derecho privado, y solo en las materias especiales o no reguladas por esta, la regulación administrativa, siendo esto de imposible aplicación en el caso contrario.¹⁷

La Ley 80 de 1.993, reguló también aspectos como el perfeccionamiento del contrato, mencionando que estos contratos administrativos, tienen una regulación mixta, desde la perspectiva de la jurisdicción Contencioso Administrativa y por lo tanto es un asunto de la administración.¹⁸

Esta Ley menciona también en sus artículos 68 y siguientes el aval que le concede a las partes para que puedan acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como: La cláusula compromisoria, el compromiso, la amigable composición, la conciliación, etc.

3.3 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Los principios de la contratación administrativa, constituyen aquellos lineamientos que deben seguirse dentro de la función administrativa, para la consecución de los fines perseguidos por la administración, que en últimas se traducen en el establecimiento y mantenimiento del bien común del conglomerado.

Estos principios, deben ser cumplidos por la entidad estatal y el contratista siempre que lleven a cabo un contrato estatal, y los encontramos dentro del artículo 209 de la Constitución Nacional, en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo y en el Nuevo Estatuto Contractual, Ley 80 de 1.993.

La Ley 489 de 1.998 regula la función administrativa, y recogió muchos principios que se encontraban dispersos, tales como la Delegación.

¹⁷ RODRIGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Octava edición. Santa Fe de Bogotá: editorial Temis S. A. 1.995. pág. 317. Este tratadista insiste en la creación de una nueva definición de contrato administrativo, en base a los intervinientes en dicho contrato y a la reglamentación que lo cobija, afirmando: "... contrato administrativo el celebrado por una persona jurídica pública y sometido, en todo o en parte, a reglamentaciones especiales diferentes de las que rigen los contratos entre particulares."

¹⁸ Ibid., p. 318. "De tal manera que, si como hemos visto, los llamados *contratos estatales* por la ley 80 de 1993, están sometidos a un régimen jurídico mixto, que incluye normas de derecho común junto con normas y principios propios y especiales del derecho público y la competencia judicial para resolver los litigios corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, podemos concluir que, finalmente, de acuerdo con la teoría general sobre contratación administrativa, los citados contratos estatales, es decir, los contratos de la administración pública colombiana, se ubican dentro de los calificados por esa teoría general como *contratos administrativos*.

Por tratarse del tema que nos ocupa, mencionaremos los principios recogidos en la Ley 80 de 1.993. Dentro de estos principios encontramos seis, que son la base fundamental de las disposiciones, por ese motivo la importancia de acudir a ellos antes que a las disposiciones para la solución de un problema.¹⁹ Estos principios son:

a. **Principio de Transparencia:** Se encuentra en el artículo 24 de la Ley 80 de 1.993. Tiene como propósito que las actuaciones dentro de un proceso contractual; esto es desde la etapa pre - contractual hasta la ejecución, sean públicas e imparciales. Que todas las personas tengan igualdad de oportunidades a los potenciales contratistas del Estado. Debe entenderse por imparcialidad que no se deben tener en cuenta criterios de subjetividad.

Este principio, se encuentra muy ligado a la selección objetiva del contratista, la cual se encuentra regulada por el Nuevo Régimen de Contratación, en su artículo 29, que se refiere, como también mencionamos anteriormente a que en la escogencia del contratista no deben intervenir aspectos subjetivos, y que debe hacerse la escogencia mas favorable para la entidad, teniendo en cuenta factores de escogencia tales como cumplimiento, organización, equipos, plazo, precio, ponderación precisa, detallada y concreta.

La regla general de la escogencia del contratista es la licitación pública o concurso para dar igualdad de oportunidades, lo anterior según el artículo 30 de la Ley 80 de 1.993. Sin embargo, la misma ley contempla la posibilidad de contratar mediante un mecanismo distinto a los arriba mencionados, la contratación directa, la cual se configura en una excepción a la regla antes mencionada.

Es importante tener en cuenta que para acudir a la contratación directa es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares y taxativamente determinadas en el Estatuto General de Contratación.

b. **Principio de Economía:** Este principio se refiere a una economía en cuanto a tiempo y dinero, para que las actividades sean prestadas de la mejor forma, con celeridad y eficiencia, al igual que todas las etapas del contrato desde las anteriores a su celebración, hasta las siguientes a su ejecución. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1.993, y contempla aspectos como la posibilidad de acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos para contribuir con la descongestión de la justicia, a la realización de estudios presupuestales anteriores a la realización de un proceso para conocer su factibilidad de realización, así como de estudios, diseños y proyectos requeridos para la contratación. (hay contrataciones muy pequeñas que realmente no justifica la realización de esos estudios previos), entre otros.

c. **Principio de responsabilidad:** Este principio, lo que persigue es proteger a todos los intervinientes en el contrato y así mismo hacer que estos actúen de forma honesta y de acuerdo a los principios generales del derecho, del derecho administrativo y de la

¹⁹ RODRIGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Primera edición. Santafé de Bogotá, D. C., Editorial Ediciones Librería del Profesional. 1.996. pág. 98.

contratación administrativa, siendo castigada toda actuación contraria. Se encuentra contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1.993. es importante resaltar la responsabilidad que tienen los Servidores Públicos; con un gran avance que es la responsabilidad del contratista; efectos de esta responsabilidad tenemos la fiscal, penal y patrimonial o civil, por fuera se encuentra la disciplinaria por que según la Corte Constitucional los particulares no son disciplinables.

Este principio se encuentra en consonancia con el principio de autonomía de voluntad, y lo que busca es mantener y proteger las garantías de las partes, el buen uso que hagan de tal autonomía, el mantenimiento de las condiciones contractuales, y por supuesto de ser el caso el restablecimiento de las mismas.²⁰

d. Principio de ecuación contractual: Se encuentra en el artículo 27 de la Ley 80 de 1.993, este principio busca mantener el equilibrio económico o financiero de las obligaciones o prestaciones que de forma reciproca se adquieren en la ejecución del contrato o en la propuesta. Doctrinalmente se han planteado diferentes teorías que buscan mantener el equilibrio económico. De estas teorías se hablará mas adelante.

e. Principio de interpretación de los contratos estatales: Lo encontramos en el artículo 28 de la Ley 80 de 1.993. debe interpretarse bajo los postulados de la buena fe, los fines y principios de la Ley 80 de 1.993, y de igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos de los contratos conmutativos.

f. Principio de autonomía de voluntad: este principio, no es otra cosa que la consagración de la facultad libre y voluntaria de los particulares de celebrar negocios jurídicos, conforme a derecho, como una fuente indiscutible e idónea en el área administrativa, y que además, en el Nuevo Régimen de Contratación, encuentra sustento, y por supuesto en la legislación civil, tal como lo señala el mismo Estatuto en sus artículos 13 y 14.

3.4 RIESGOS Y RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.4.1 Riesgos Los riesgos que puede conllevar la realización de un contrato con la administración, se encuentran previstos, con el fin de regularlos y tratar de evitarlos para así mantener el orden público, garantizar el equilibrio económico de esos contratos y llegar al establecimiento de una paz y seguridad en todas las actuaciones que se lleven a cabo. A este punto es bueno aclarar que la administración no asume los riesgos de carácter empresarial, es decir, aquellos que conlleva la iniciación de todo negocio, y que todo contratista debe prever. No los asume ya que son eventos normales que se presentan por la

²⁰ Ibid., p. 102 y ss.

realización de los negocios, el contratista debe también tratar que no se vea afectada la ecuación contractual. Los riesgos son aquellos hechos o eventos ajenos al contrato como tal, pero que lo afectan y son:

Normales: Se denominan riesgos empresariales y son aquellos eventos que debe prever el contratista y que en condiciones normales afectan la rentabilidad de las prestaciones. Este tipo de riesgos no es indemnizable.

Extraordinarios: Como su nombre lo indica no son de ocurrencia normal, y lo que debe buscarse es el equilibrio económico del contrato. Aunque este punto fue expuesto cuando explicamos el principio de ecuación contractual, que contiene la Ley 80 en su artículo 27, queremos sintetizar lo siguiente:

- a. Teoría de la imprevisión: son hechos no previstos, ajenos a las partes en un contrato de ejecución sucesiva y que hacen que el contrato se vuelva difícil de cumplir, pero aun posible (si fuera imposible habría fuerza mayor o caso fortuito).²¹
- b. Hecho del Príncipe: Decisión de autoridad diferente a la del contratante, la cual afecta las prestaciones del contrato. Puede ser por acto o por hecho.
- c. Cláusula de revisión de precios: Esta se inscribe en algunos contratos y se da como consecuencia del manejo del ajuste inflacionario, y más en un país como el nuestro donde es bastante variable, y el valor del dinero se ve afectado en varias ocasiones. Lo que permite es buscar el equilibrio económico del contrato, al igual que las demás.

En el derecho público existen prerrogativas de la administración, que están en el ordenamiento jurídico y que habilitan a la administración con unos poderes para asegurar la consecución de los fines para lo que están constituidos.

El poder o prerrogativa que nos interesa es la de dirección y control del contrato, la cual se encuentra en el artículo 14 de la Ley 80 de 1.993. Este poder se ve reflejado en casos como; el Ius Variandi, la facultad de interpretación unilateral del contrato, y el poder sancionatorio. Estas potestades no emanan directamente del contrato, sino por ser actos de autoridad; de autoridad administrativa; actos de la administración. Los límites a estas potestades son el interés público, la buena fe y la equivalencia económica del contrato. Esa potestad de dirección y control, permite controlar dentro del contrato asuntos de índole administrativo, contable, técnico y legal. Estas prerrogativas se materializan en el contenido del contrato mediante la estipulación de cláusulas especiales, de las cuales mencionaremos las más significativas para la presente investigación.

²¹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 64. "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Interpretación unilateral: La interpretación unilateral es un medio jurídico que tiene la administración para fijar con fuerza vinculante mediante un acto administrativo, el contenido de la voluntad de la administración, de tal manera que el contratista este de acuerdo.

El acto administrativo mediante el cual se declara deberá contener las compensaciones o indemnizaciones de la entidad, con el ánimo de mantener la ecuación contractual inicial o su equilibrio económico. Este acto de interpretación administrativo, es susceptible únicamente del recurso de reposición y esta sujeto al ejercicio de la actividad contractual (Código Contencioso Administrativo). Los contratos en los que es obligatorio, en los que es facultativo y en los que no puede pactar, se encuentran especificados en la Ley 80 de 1.993, en sus artículos 14 y 15.

Ius Variandi: Encuentra su razón de ser en la Ley, por que es una potestad propia de la administración y no de su poder contractual, estando destinada a garantizar el interés público, por eso no es un elemento del contrato público. Ahora bien para que se configure debe tenerse en cuenta los siguientes aspectos: El acto administrativo de modificación, deberá contener las compensaciones e indemnizaciones para mantener la ecuación contractual.

No puede modificar la naturaleza y fin del contrato, para ilustrar esto mejor a manera de ejemplo podemos mencionar, que si el contrato celebrado fuera de obra, no puede volverse de compraventa. No puede modificarse las fases de la convocatoria única.

Lo que puede ser modificado es lo referente al plazo y objeto del contrato, eso sí teniendo en cuenta que no se cambie la naturaleza del contrato. También puede cambiarse lo referente al valor del contrato, respetando los límites legales, contenidos en los artículos 16, 17 y 40 de la Ley 80 de 1.993. Los eventos en que puede ser pactado facultativa y obligatoriamente, así como en los que es prohibida su estipulación, son los mismos de la interpretación unilateral de los contratos. El acto administrativo que modifique el contrato es susceptible del recurso de reposición y demandable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Terminación unilateral: Contiene las mismas características de la modificación e interpretación unilateral. La terminación debe darse por acto administrativo debidamente motivado, esto dado que corresponde a una prerrogativa de la administración y no se da como consecuencia de la cláusula contractual en la que se estipule.

Caducidad: Se encuentra contenida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1.993. Es una cláusula excepcional y tienen los siguientes efectos: En casos que la entidad decida no declararlo deberá tomar las medidas de intervención que garanticen la ejecución del objeto. Su declaratoria, no impide que se lleve a cabo la ejecución del contrato a través del garante (compañía aseguradora, excepcional; paga el perjuicio o consigue quien lo ejecute) o un tercero. Esta cláusula no genera una indemnización, sino una sanción al contratista, y es susceptible de los mismos recursos que las demás cláusulas.

Potestades sancionatorias: Estas potestades para que existan necesitan de:

- La existencia de amenaza o perturbación del servicio público
- El contrato se encuentre vigente
- Se debe garantizar el debido proceso.

Estas potestades sancionatorias pueden ser; coercitivas, es decir que dan como consecuencia la imposición de multas; resolutorias, que generan caducidad y; pecuniarias, por que van dirigidas hacia el contratista, pudiendo ser de tipo disciplinario (inhabilidad) o legal. Esta última podría ser parte de las coercitivas.

Ahora respecto al tema que nos ocupa y después de realizar esa ubicación en la materia, podemos mencionar que la administración, al hacer uso de su potestad de modificación e interpretación del contrato, lo que persigue es darle equivalencia al contrato, equivalencia económica por supuesto, aunque éste no es el fin último que persigue, ya que este fin último consiste en la satisfacción del interés general. Para lo anterior y para establecer mecanismos que contribuyan con los fines de la administración, esta misma establece unos riesgos del contrato que se encargaría de responder en caso de su ocurrencia.

Responsabilidad

La responsabilidad se debe mirar desde los siguientes puntos de vista:

a. Responsabilidad de las entidades: Son responsables por las actuaciones, omisiones, abstenciones antijurídicas imputables a ellas y con perjuicio a los contratistas. Les corresponde resarcir los perjuicios cuando halla causado un detrimento en su patrimonio y durante el tiempo que se hubiere causado. La prescripción es de 20 años a partir del hecho, omisión, abstención o actuación.

b. Responsabilidad del servidor público: Es responsable por su conducta en desarrollo, ejercicio o cumplimiento de sus funciones. Tiene cuatro clases de responsabilidad que son las siguientes:

- Disciplinaria: Esta responsabilidad esta sujeta a la normatividad vigente al momento de ocurrencia del hecho, ya que ya ha sido contemplada su ocurrencia por la ley, sin embargo es necesario que se halla abierto pliego de cargos y se podrá suspender del cargo al funcionario que haya incurrido en la falta, suspensión que puede ser prorrogada. Prescribe a los 10 años.

- Civil: Les corresponderán la indemnización por perjuicios cuando hay dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (actuación contractual). El dolo o culpa será declarada por sentencia. Quedan inhabilitados para ejercer cargos públicos por 10 años desde la ejecutoria de la sentencia. Prescribe a los 20 años.

Cuando por este hecho se condena a la entidad, a esta le corresponde o al Ministerio Público efectuar la acción de repetición, según lo establece el artículo 90 de la Constitución

Nacional, reparación directa según el Código Contencioso Administrativo sin perjuicio que opere el llamamiento en garantía, evento en el que no habrá lugar a la repetición.

- Penal: La Ley 80 de 1.993, nos remite en éste caso al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal. Surte los mismos efectos de la responsabilidad civil y queda inhabilitado para proponer o ejercer cargos públicos desde la ejecutoria de la sentencia. Se puede dictar medida de aseguramiento, e implica que la autoridad podrá suspenderlo provisionalmente. Esta última facultad la puede ejercer el investigador y en otros casos se oficia al nominador.

- Fiscal: Le corresponde al Servidor Público pagar con su propio pecunio. Lo investiga la contraloría.

c. Responsabilidad del contratista: Debemos aclarar que para los contratistas no hay responsabilidad disciplinaria, pero si las que a continuación mencionaremos:

- Civil: Cuando causa un perjuicio contractual, queda inhabilitado para contratar o proponer y ejercer cargos públicos por 10 años.

- Penal: Se le da el carácter de servidor público y por lo tanto es sancionable penalmente. Se dicta medida de aseguramiento en firme al representante legal de la persona jurídica, el cual queda inhabilitado para contratar. El jefe de la entidad debe comunicar a la Cámara de Comercio para que se anote en el registro de proponentes. Quedan inhabilitados desde la sentencia condenatoria y es por un periodo de 10 años. Prescribe a los 20 años.

d. Responsabilidad de los consultores, interventores, etc.: Responden como contratistas propios (per se) por que celebran una relación contractual directa como contratista. Frente al contrato en las obligaciones que tiene que cumplir.

Efectos: son los mismos que los que tiene el caso de los contratistas, tanto en la responsabilidad civil; indemnización de perjuicios, inhabilitación para contratar o ejercer cargos públicos por 10 años. Como también en la responsabilidad penal.

e. Responsabilidad de consorcio y unión temporal: Se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley 80 de 1.993.

El Consorcio se encuentra definido en la Ley 80 de 1.993, es una figura jurídica en que dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato respondiendo solidariamente; Esto significa que se les exige el cumplimiento a cualquiera.

La Unión Temporal, es aquella figura que se materializa, cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, también responden solidariamente menos en el régimen de las sanciones, en donde se hará efectiva en proporción a la participación que el miembro de la unión tenga la ejecución del contrato.

4. ANÁLISIS DE CASOS

4.1 LAUDO ARBITRAL ALCATEL VS TELECOM DE FECHA 21 DE MAYO DE 2.002

4.1.1 Síntesis de la demanda El actor; La parte demandante o convocante es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM.

Hechos presentados en la demanda

Para el presente estudio los hechos relevantes expuestos en la demanda pueden ser sintetizados como sigue:

Se hace referencia a la realización del Convenio C - 0027, con base en la selección de la propuesta de contrato de riesgo compartido, entre ALCATEL STANDARD ELECTRICA y TELECOM, para desarrollar programas de telefonía local y rural, en virtud de invitación formulada por la última a diferentes compañías de telefonía.

En este mismo punto se refiere el actor a la autorización legal que tiene TELECOM para realizar tal invitación, con base en el artículo 4 de la Ley 37 de 1.993.

Se destacan apartes contractuales, como los referentes a:

Objeto del contrato: cláusula contractual primera; "el objeto de este Convenio es regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las Partes desarrollaran conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que permitirá a TELECOM la prestación de los servicios

de telecomunicaciones en las Áreas de Servicio especificadas en el Anexo Financiero, de conformidad con el plan de Negocios y las demás condiciones detalladas y acordadas en este Convenio. Forman parte integrante de este Convenio los Anexos Técnico y Financiero. Para nuevos servicios sobre los cuales TELECOM no tengan acuerdos con terceros, el Comité de Coordinación definirá, la prestación o no del servicio y fijara los términos y condiciones para la prestación de los mismos."

Ingresos de la asociación: DEFINICIONES numeral 10; "... Son los recaudos que durante la ejecución del Convenio, las Partes reciban por los siguientes conceptos: A) Derechos de Conexión fijos y/o adicionales cuando a ellos hubiere lugar, de conformidad con el presente Convenio. B) Recaudos por facturación de la tarifa básica de telefonía local fija. C) Recaudos por facturaciones sobre tráfico saliente en los siguientes servicios básicos: Telefonía local fija. Telefonía fija de larga distancia nacional Telefonía fija de larga distancia internacional." También se refieren al contrato de joint venture, al riesgo compartido, al modelo económico, al anexo financiero del contrato y a los modificatorios que dicho convenio tuvo.

La accionante menciona la cesión del contrato de ALCATEL STANDARD ELECTRICA al consorcio que conforman ALCATEL SESA TECHNICAL SERVICES S. A., TELEALCA S. A. y la misma empresa cedente.

Se refieren de forma categórica al modelo financiero, al riesgo y rentabilidad que tienen las partes, las inversiones del consorcio y los aportes que debe realizar TELECOM

En el trámite arbitral, de este escrito destacan:

Aspectos puntuales, tales como la duración del convenio, la tasa de retorno interna, y el desembolso que realizara la parte asociada. Así mismo, se hace referencia a la distribución de riesgos para las partes, la cual fue efectuada como sigue; 10% para asociada, 90% para TELECOM.

De acuerdo con el plan de negocios, el aporte que realizaran las partes se estipula de la siguiente manera: la asociada de US \$265.347.509 que corresponde a equipos, TELECOM por su parte de US \$30.000.000 aprox. Para adquirir el equipo mediante la celebración de un contrato de suministro con ALCATEL SESA y los impuestos que esto conlleva (IVA), se realiza un crédito FAD. Por lo anterior se hace necesario realizar un análisis para conocer a fondo el modelo económico a llevar a cabo.

La parte demandante realiza un estudio sobre lo que las partes podrían entender respecto del pago obligatorio del aporte, concluyendo que las partes, por su comportamiento convinieron que este sería proporcionado con la cantidad de la inversión realizada.

Luego del análisis realizado sobre el modelo teórico y real económico, y mediante el estudio también de los estados financieros, la parte actora encuentra una discordancia en cuanto a la inversión realizada por TELEALCA, a pesar que anteriormente TELECOM con la confianza del cumplimiento de su contra-parte realiza dicha operación a cabalidad

conforme a la realidad del modelo económico. A éste respecto la parte demandante enfatiza "... el modelo opera con una inversión mayor a la realmente efectuada, la tasa interna de retorno se estará reconociendo sobre una inversión no efectuada, con lo que se incrementa el lucro de la parte que no realizó tal inversión, en detrimento de quien cree estar reconociendo lo pactado, ignorando que tal inversión se realizó en un monto muy inferior". De la misma manera se refiere a la relación duración, monto de inversión, por cuando considera que no está de acuerdo dicha inversión con el modelo económico, de donde la actuante concluye que si esto ocurre el plazo del contrato será mayor, y los ingresos recibidos por concepto de facturación de línea, al terminar el contrato variarían, correspondiendo a la actuante el 90% por este concepto.

De las pretensiones de la demandante se rescatan:

En las pretensiones primera a quinta se pide que se declare; que la naturaleza del convenio celebrado por ALCATEL STANDARD ELECTRICA, ALCATEL SESA TECHNICAL SERVICES S. A. y TELECOM es la de un contrato de asociación a riesgo compartido, con el cual se recuperará los costos de inversión, gastos e impuestos realizados por TELEALCA, de acuerdo a los resultados del anexo financiero. La demandante solicita también la declaración de la obligación de acuerdo al contrato realizado de establecer una sucursal o similar en el país, para facilitar la aplicación de la normatividad Colombiana. Igualmente solicita la demandante que se declare que en virtud del contrato C-0027 se constituyó la sociedad TELEALCA. La sociedad ALCATEL se obligó al pago de un aporte de acuerdo a; contrato inicial US \$191.030.873 y de acuerdo al modificado US \$74.316.636, resultando una suma de US \$265.347.509, el cual realiza mediante una inversión. Que tal inversión en realidad fue menor a la pactada en el Convenio y en los modificatorios precedentes.

Con base en el modelo económico la parte demandante solicita que se declare en sus pretensiones sexta a décimo primera, y décimo tercera; El efectivo cumplimiento de la obligación de pago de ajustes anuales por parte de TELECOM y teniendo en cuenta también el segundo modificadorio en su cláusula primera. Pide también la declaración de montos de inversión, durante la vigencia del contrato correspondientes a los aportados por esta parte, contenidos en el modelo real y el de referencia ajustado (folios 9 y 10 del Laudo Arbitral). Así mismo solicita el cumplimiento real y efectivo de los valores de inversión realizado por TELEALCA, los anteriores según sea probado en el proceso. El establecimiento de la inferioridad de la inversión antes mencionada por parte de TELEALCA es inferior a lo pactado en contrato C - 0027 y los modificatorios, para lo cual puede acudir a lo contenido el contrato en sus modelos real y de referencia ajustado. Solicita la demandante que, de acuerdo con la inversión real y efectiva de la sociedad TELEALCA sea la declaración de la tasa interna de retorno, es decir sea de 12%, estimada en dólares, y como consecuencia de lo anterior sirva de dato inicial el valor de inversión real y efectivamente realizado por el Consorcio en el modelo real y el de referencia ajustado realizado por el operador del mismo (TELEALCA).

De las pretensiones décima cuarta a décima sexta, se solicita tomando como base la verdadera inversión que efectivamente se realizó y no la teórica, que se encuentra en los modelos de referencia ajustado y real; ordenar el cálculo de la tasa interna de retorno del 12% estimada en dólares. En base a lo anterior la declaración del valor del rescate a favor de TELEALCA, por parte de TELECOM. Teniendo en cuenta lo probado en este proceso y con base en lo anterior y lo establecido en la Ley 37 de 1.993, declarar la duración del contrato por un plazo que permita una obtención por parte del consorcio de una tasa interna de retorno del 12% en dólares.

La décima séptima pretensión, solicita en consecuencia de lo antes mencionado, lo contenido en la pretensión décima quinta.

4.1.2. Síntesis de la contestación La parte demandada es la sociedad ALCATEL SESA TECHNICAL SERVICES y TELEALCA.

Con base en las pretensiones formuladas por la parte demandante, se sintetiza la contestación de la demandada en sus aspectos relevantes, a saber:

Aceptan como ciertos los hechos; la invitación, adjudicación y celebración del contrato C - 0027. Las estipulaciones contenidas en las cláusulas contractuales, aunque se le da en algunos casos una interpretación parcial o se limita a ciertos aspectos dejando otros tal vez más importantes de lado, como el referente a riesgos que corren a cargo de las partes.

Las demandadas aceptan como parcialmente ciertos; la cesión del contrato C - 0027 al Consorcio en el mes de julio de 1.995, sin embargo, se aclara que lo que la demandante de manera parcial trae a la demanda en los literales A y B, corresponde a la aprobación de la cesión del contrato C - 0027, realizado por TELECOM. La tasa interna de retorno si corresponde al 12%, sin embargo su tasación en dólares no se refiere a un dato de inicio o entrada, contenido en el modificadorio 4, y aclaran que la duración del contrato está contenido en el anexo financiero y sólo puede variarse por los eventos en el contenidos.

Las demandadas niegan como ciertos los siguientes hechos; la creación y mantenimiento de una sucursal, local u oficina en nuestro país de TELEALCA, con el fin de dar cumplimiento al contrato y responder frente a la normatividad nacional. A este respecto las convocadas agregan que, primero TELEALCA. es un consorcio colombiano, segundo que como consorcio no es persona jurídica y por tanto no se aplica tal disposición, y por último que el contrato celebrado no tenía como finalidad tal obligación.

El sistema de riesgo que presenta la demandante, y expresan que las partes pactaron una distribución de los ingresos que se encontraran sujetos a participación, que corresponden a los eventos en que el 90% sean para la sociedad, y estos sean cedidos a TELEALCA, siendo el 10% para TELECOM. Aclaran en éste punto también de manera expresa la remisión que debe hacerse al modificadorio segundo.

La inversión total no corresponde a US \$265.347.509, debido al acuerdo de las partes de reducción de líneas a instalar de 192.126 a 182.796, lo cual a su vez disminuyó el valor total pactado de inversión, también se hacen precisiones referente al plan de negocios que presenta la demandante. Este punto al igual que el anterior, con base en el hecho 17 presentado en la demanda, se niega debido a que la inversión realizada por el Consorcio no sufre modificaciones como se afirma en la demanda, la instalación de líneas fruto de la obligación fue de 258.552, las cuales fueron las instaladas, respecto del modelo real, éste realiza una metodología que fue estipulada por las partes en el Anexo Financiero del contrato, con el fin de actualizar el valor inicial de inversión, con lo cual se genera una cifra diferente a la establecida inicialmente en 1.993, sin perjuicio del valor que se genera al incluir lo contenido en modificadorio cuarto cláusula tercera.

Las obligaciones del "socio venturista" inscritas en la demanda, aclarando que las partes convinieron en una determinada suma, la cual se realiza mediante activos, bienes y servicios que corresponden a la instalación del número de líneas acordadas por las partes y que reflejan el cumplimiento efectivo del pago de la inversión a cargo del obligado, además agregan que tal inversión se encuentra a cabalidad contenida en los modelos de referencia ajustado y real, sin perjuicio de como se menciona anteriormente el valor que se incorpore luego como resultado del aumento en la inversión realizada por el demandado, como se contiene en el modificadorio cuarto, cláusula segunda, el cual no ha sido incluido.

La forma de calculo estipulada de manera expresa por las partes del convenio, no puede ser modificada sino por mutuo acuerdo, y no tienen nada que ver como afirma la demandante en los valores que se muestren en un estado financiero, en el caso el de TELEALCA para calcularlo, que es en lo que la demandada basa su petición, al respecto la demandada hace referencia al error de la demandante al mencionar la necesidad de acuerdo entre las partes del contrato cuando hace mención a la bitácora en la demanda, con lo sustenta éste punto de la contestación A su vez manifiesta también la parte demandada que no es cierto que el aporte de TELECOM sea una suma de dinero correspondiente a US \$30.000.000, ya que como consta en el Capítulo I del Anexo Financiero, esta empresa se comprometió fue al aporte de bienes y servicios provenientes de la adquisición de los mismos mediante la celebración de un contrato de suministro.

El modelo económico no corresponde simplemente a un soporte informativo, sino que corresponde al fundamento para la evaluación del comportamiento del contrato, conforme a lo establecido por las partes en el convenio C - 027 cláusula 15. La parte demandada precisa respecto del modelo de referencia ajustado, que es el que sirve de parámetro para establecer en cuanto al número de líneas que van a instalarse, cual es el negocio que se realizará, además que constituye la base sobre la que se obtendrá el modelo real, en cuanto a la tasa interna de retorno se acordó en el Plan de Negocios que fuera del 12% en dólares americanos para el consorcio, sin tener en cuenta las líneas que al finalizar efectivamente fueran instaladas, lo que se tomó en cuenta como anteriormente se mencionó fue el valor de la inversión aportada en dólares, sin importar el número de líneas instaladas, lo que se dio fue un valor en dólares por línea instalada y lista para el servicio sin importar el número

final de las mismas instaladas, lo que también debe tenerse en cuenta es lo establecido en el modelo de referencia.

La parte demandada se refiere también al hecho de haber cumplido con el contrato, respecto de la inversión que realizó, además aclara que el pago de ajustes realizado por TELECOM, fueron previstos en el contrato y debidos por cuanto el asociado cumplió a cabalidad con la inversión contenida en éste, el cual debe calcularse en el número de líneas que a satisfacción de la contraparte fueron instaladas y entregadas.

Entre las excepciones de mérito que la demandada propone se pueden extraer para efectos del presente estudio:

A este respecto cabe mencionar la manifestación de ésta parte de oponerse a las pretensiones de la demandante, salvo las contenidas en la sexta, séptima y octava. La demandada se refiere a la interpretación equivocada por parte de TELECOM del contrato suscrito, esto debido a la falta de derecho sustancial que lo soporte. El consorcio cumplió con su obligación de realizar el aporte como fue estipulado, mediante la instalación y entrega a satisfacción de 258.522 líneas listas para prestar el servicio. Imposibilidad de obviar la estipulación contractual respecto del valor pactado para la realización de la inversión, ya que tal punto consta en el convenio C - 0027. Variar las estipulaciones contractuales referentes a la preparación y obtención del modelo de referencia ajustado y el real. Modificar el plazo del convenio C - 0027 basado en una regla diferente a la en el contenido, así como a criterios de determinación del valor de rescate diferentes a lo en este convenio estipulado.

4.1.3 Análisis del laudo

"Término de duración del proceso"

Se fija el día 18 de enero de 2.001, a las 10:30 de la mañana, como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal de arbitramento. Se integra e instala el Tribunal, los honorarios son, en la forma y tiempo, debidamente cancelados. Se realiza la primera audiencia de trámite el día 1 de marzo de 2.001, ésta se suspende y termina el 21 de marzo de 2.001.

El Tribunal, fija para seis meses la duración de este proceso, conforme a lo establecido en el Decreto 1818 de 1.998, artículo 126. El proceso es suspendido en varias ocasiones a solicitud de las partes, luego de lo cual los apoderados, previa autorización de las partes, amplían la duración del proceso en tres meses más, tal como aparece en el acta número 27 del 19 de febrero de 2.002; en esta misma fecha el Tribunal por medio de auto amplía el proceso por tres meses más a partir del vencimiento del plazo inicialmente fijado mediante auto del 21 de marzo de 2.001.

"Pruebas decretadas y practicadas"

Las pruebas realizadas correspondían a; documentales, aportadas por las partes o pedidas oficiosamente, tales como la propuesta, el anexo técnico, el acta de constitución del consorcio y el contrato, entre otros.

Inspecciones judiciales realizadas en el domicilio de las partes.

Peritajes técnicos, tanto financieros como contables. Es importante resaltar la realización de un dictamen pericial del modelo económico.

Testimonios

El Ministerio Público interviene por medio del doctor Luis Uribe Acosta, Procurador Judicial 50. La posición del doctor Uribe, se centra en la función del Ministerio Público de velar por la preservación de la legalidad, atendiendo al interés general, lo cual sucede en casos como el que nos ocupa, en el que haciendo un análisis y recuento de los hechos contenidos en el contrato C-0027 celebrado en el año 1.993, se considera que las pretensiones 1 a 17 realizadas por la convocante están llamadas a prosperar; sin embargo respecto de las excepciones de mérito no pueden ser consideradas aceptadas.

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL"

El Tribunal tiene en consideración aspectos, que son agrupados en la forma como los árbitros consideraron conveniente. Es por esto y para la mejor comprensión de éste estudio que los presentaremos en sus aspectos relevantes, en la misma distribución tomada en el laudo.

"1. CUESTIONES PROBATORIAS DE RESOLUCIÓN PREVIA"

"1.1. Tacha de sospecha de un testigo"

La apoderada de TELECOM en audiencia del 23 de mayo de 2.001, formuló tacha de sospecha sobre el testimonio rendido en ese mismo acto por el señor Miguel Jorge Vallejos Verastegui. Esta tacha la basa la apoderada en el Código de Procedimiento Civil artículos 217 y 218, ya que la actora considera que el señor antes mencionado tiene un interés directo en el proceso, y siente que puede ser afectada su reputación.

A este respecto el Tribunal tiene en cuenta también que en los alegatos de conclusión la convocante transcribe apartes de la declaración del señor Vallejos como fundamento a lo pretendido por su poderdante. El Tribunal establece que la declaración del señor Vallejos es objetiva y espontánea, por lo tanto no considera que hay motivos para tenerlo como sospechoso.

"1.2. Objeción al dictamen pericial de los peritos contadores"

El apoderado de ALCATEL SESA TECHNICAL SERVICES S.A. mediante memorial objeta por error grave el dictamen pericial rendido por los peritos doctores, Horacio Ayala y Ana Matilde Cepeda. A tal objeción se acompaña la solicitud de tener como prueba documentos que reposan en el expediente.

La doctrina y la jurisprudencia, presentan dos puntos a considerar para que este tipo de solicitudes prosperen: El primero, que se ponga en evidencia las bases equivocadas sobre las que se realiza el examen, lo cual impone la necesidad de realizar un nuevo examen. El segundo, es respecto del error, el cual debe ser grave, y no solo diferente a las conclusiones de una de las partes, o conclusiones razonablemente diferentes.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, mediante Sentencia del 13 de junio de 1.957, en su página 604, tomo 85, presenta el concepto de error, el cual para efectos de estudio se transcribe; "Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que pueden presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de lo que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones...".

En concepto del Tribunal, los aspectos contables y financieros presentados en el examen que concluyen una suma diferente para determinar el valor de la inversión de los convocados, en el convenio C 0027 de 1.997, no constituyen error grave, ya que como antes se mencionó no tienen esta característica las conclusiones de los expertos por el solo hecho de ser diferentes a las apreciaciones de una de las partes. Como consecuencia de esto, este examen cumple con lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil artículo 241.²²

"1.3. Objeción al dictamen pericial de los peritos financieros"

TELECOM, por medio de su apoderada, objeta parcialmente por error grave el dictamen pericial, rendido por los doctores Guillermo Villaveces y Jaime Ricaurte sobre la base de la respuesta presentada a la pregunta 3.3, en la cual ellos concluyen que el valor de rescate de la cláusula del convenio C 0027/97, se incluye en el esquema financiero de retribución. Con la presentación de esta respuesta se configura una contradicción, ya que en la respuesta dada por estos a la pregunta siguiente, la cual decía que en que momento del contrato opera

²² Artículo 241. Apreciación del dictamen. "Al practicar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave."

el valor de rescate de la cláusula 16 del modificatorio de fecha 30/09/94, a la que los expertos contestan que "en cualquier momento del convenio".

Para la apoderada es un "error grave parcial del dictamen" ya que en la misma cláusula se establece que el valor de rescate opera solo durante la vida del convenio, una vez terminado ya no, y no existe terminación anticipada que justifique el pago de éste valor. Lo anterior en consideración de la apoderada evidencia el desconocimiento de los expertos del contenido jurídico de las expresiones.

El Tribunal considera al respecto que la interpretación de la parte que objeta lo contenido en la cláusula 16 del convenio 0027/97, por ser diferente no desvirtúa a la respuesta dada por los expertos, además considera que las preguntas son diferentes, por lo cual las respuestas también lo son. Por tanto, para el Tribunal, no se configura el error grave alegado por la apoderada, y por tanto se rechaza por infundada la objeción presentada, ya que el examen presentado por los expertos cumple con los requisitos del artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.

" 1. 4. Las excepciones de mérito"

Sobre las excepciones de mérito presentadas por las demandadas ya nos referimos anteriormente, por esto en este punto solo rescataremos lo más relevante para este estudio. Como es de nuestro conocimiento estas excepciones persiguen dificultar la aceptación de las pretensiones presentadas por los demandantes ya sea de manera total o parcial, sin embargo las presentadas por las convocadas en el concepto del Tribunal "en estricto rigor jurídico, no constituyen verdaderas excepciones que enerven o extingan las pretensiones de la demandante". Lo que hace que el Tribunal a este respecto declare que no prosperan en su parte resolutive.

"1.5. La nulidad absoluta y la simulación, sugeridas por la parte demandante en su alegato de conclusión".

Este punto es presentado por TELECOM en su alegato de conclusión, en donde afirma que el contrato sería nulo por objeto ilícito, por violación a la Ley 37 de 1.993, esto por desaparecer el "desarrollo conjunto a riesgo compartido". Y luego afirma que esto lo que dejaría ver sería la realización de una simulación tanto en el plan de negocios como en el objeto del contrato, afirmando; " c. que se probaría que lo que realmente se celebró, una vez detectada la simulación, es un contrato de suministro a precio fijo con una rentabilidad fija sobre ese precio nominal, con lo que la TIR no es una tasa interna de retorno de una

inversión desembolsada sino una tasa de financiación, y donde la inversión no será una variable sino el precio fijo de adquisición de líneas".²³

El Tribunal a pesar de reconocer la importancia de la simulación y la nulidad no se pronuncia sobre estas figuras, ya que considera que las bases sobre las que se funda TELECOM para tal solicitud no se presentan y han sido analizadas previamente, por lo tanto estas solicitudes no prosperan. En un tercer punto el Tribunal se refiere a sus condiciones de fondo, dividiendo estas en dos temas tratados, de los cuales rescataremos;

" III. CONSIDERACIONES DE FONDO"

"PRIMERA CONSIDERACIÓN"

"EVOLUCIÓN Y DOCUMENTOS DEL CONTRATO"

"1. ANTECEDENTES."

"1.1. La convocatoria hecha por TELECOM."

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, convoca a oferta pública mediante Resolución 0010000 - 3119 de fecha abril 9 de 1.992, a oferentes nacionales y extranjeros que se encuentren inscritos en el Registro,²⁴ a presentar propuestas para la realización conjunta de proyectos de telecomunicaciones, para lo que también se autoriza la conformación de consorcios.

La oferente se basa para tal ofrecimiento en la autorización legal contenida en el Decreto 553 de 1.992, el cual se fundamenta en el Decreto Ley 124 de 1.976, que autoriza la suscripción de convenios de asociación a riesgo compartido que tenga por objeto la realización de proyectos de TELECOM. La convocante manifiesta su intención de mantener la titularidad del servicio y que tal convenio no genera una persona jurídica diferente. También se aclara que la contratación puede ser realizada directamente.

"1.2. Los términos de Referencia establecidos por TELECOM."

Se establecen en el documento de fecha 21 de abril de 1.992, en los cuales se consagran los aspectos que debe contener la propuesta de los oferentes. El Tribunal se refiere de manera particular a:

Esquema de la oferta; en el cual se establece que la oferente se responsabiliza de la operación y el mantenimiento de sistema, así mismo que ésta mantendrá la titularidad del servicio. El interesado por su parte proporcionará la infraestructura que sea necesaria y complementaria a la que posee la oferente.

²³ Folio 814 y 900 del Cuaderno Principal N° 2. Citado en el Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación. 21 de mayo de 2.002. Folio 29.

²⁴ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. artículo 22.

Aspectos financieros; se habla de la celebración del contrato de joint venture, para tal fin se realiza un "Plan de Negocios" el cual contendrá la estructura de participación en el riesgo y en el resultado de la explotación de este negocio, lo más importante es que este instrumento servirá para que se asegure el equilibrio económico de ambas partes.

Se explica que el sistema de participaciones tendrá en cuenta los productos resultantes del negocio, los costos de su realización y mantenimiento así como de la utilización del sistema y la experiencia que TELECOM tiene en el sector.

Dentro del Plan de Negocio se hace referencia también a un punto que denominan "mecanismo de revisión de resultados periódicos y actualización del Plan Estratégico", a sí como al establecimiento de dos criterios para llevar a cabo el contrato de joint venture, y la determinación de su situación económica, estos puntos son los correspondientes a la situación de las inversiones e ingresos, y la contabilidad de los mismos.

"Comité de Coordinación del Proyecto"; se habla de la creación de este organismo con el fin de que representantes de cada una de las partes sean quienes desarrollen y realicen los aspectos técnicos, comerciales y operativos durante el desarrollo del contrato,

Duración del contrato: Establece que será TELECOM el que acepte el plazo ofrecido y que este será fijo salvo estipulación de las partes que lo modifique, haciendo mención a la consulta previa al comité para tal fin.

En este punto el Tribunal tiene en consideración también lo referente a la estructura de la Red Nacional de Telecomunicaciones y a la "minuta del contrato".

"1.3. La oferta de ALCATEL STÁNDAR ELÉCTRICA S. A."

Mediante comunicación de fecha 15 de septiembre de 1.992, la empresa ALCATEL STANDARD ELECTRICA (Soc. Española) representada por ALCATEL COLOMBIA, presenta una oferta a TELECOM expresando que se basó para la realización de la misma en puntos legales, económicos y técnicos que facilitan la realización de la negociación dentro de un margen de negociación amplio.

En su oferta ALCATEL STANDARD ELECTRICA, realiza unas modificaciones, inclusiones y exclusiones a las zonas establecidas, sin embargo hacen referencia a que estas modificaciones permiten la realización del programa del PNTR dentro de la totalidad que este establece. En este punto de la oferta debemos mencionar algunos aspectos a continuación puntualizados: "Estudio de factibilidad"; el cual, en uno de sus apartes se refiere a las inversiones, estableciendo para su valoración, la imposibilidad de cálculo de algunos puntos, por lo que se le incluye un 5% por concepto de imprevistos, sobre los costos de inversión, los cuales no son incluidos en los gastos generales, todo esto para dar seguridad a la parte interviniente. Se habla también de los ingresos, los cuales son valorados en dólares americanos y que la tasa de cambio es la vigente al momento de realizar el convenio. Relacionado con esto es importante decir que la oferente establece

unas "formulas escalatorias".²⁵ El Plan de Negocio, punto al que anteriormente nos referimos, sin embargo volvemos a él para hacer mención a las inversiones iniciales, las cuales se estiman de acuerdo a la factibilidad del negocio. En este plan se incluyen también lo referente al objeto, valoración y contabilidad de las mismas.

ALCATEL STANDARD ELECTRICA presenta la duración del contrato de la siguiente manera; 6.5 años, si tiene una participación en los ingresos del 100%. 8 años, si tiene una participación del 90%. Sin embargo, aclaran que la duración puede ser determinada por el Comité de Coordinación.

"1.4. La expedición de la Ley 37 de 1993."

El Consejo de Estado decreta la suspensión del Decreto 553 de 1.992, por tal motivo en la Resolución 0010000-1002 realizada el 11 de febrero de 1.993 revoca y deja sin efectos todos los actos realizados con base en esta norma. Con la expedición de la Ley 37 de 1.993, TELECOM vuelve a convocar a oferentes nacionales e internacionales que se hubieren presentado a la convocatoria anterior, manteniendo en esta los términos de referencia de la anterior, los cuales se encuentran acordes con la nueva normatividad.

ALCATEL STANDARD ELECTRICA (Soc. Española) el 26 de febrero del mismo año comunica a TELECOM que su propuesta se mantenía en los mismos términos que la inicial, y anexa la póliza de seriedad de la propuesta. Se aclara que la extensión de la Red de Telefonía a ciertas áreas del territorio "obedeció a políticas sociales" lo cual queda manifiesto tanto en la Ley, como en los actos que suscribe la junta directiva de TELECOM antes de la realización del contrato y que son establecidos por los Organismos Nacionales de Planeación, y por el Congreso de la República.²⁶

"1.5. Negociación previa a la celebración del Convenio C-0027 de 1993."

Aquí se trata el proceso de negociación con los oferentes, de lo que solo rescataremos las negociaciones realizadas entre TELECOM y ALCATEL STANDARD ELECTRICA en sus puntos importantes. El 11 de marzo de 1.993 la junta directiva autoriza a quien preside la misma a dar inicio al proceso de negociación con los oferentes. Esta contratación pretende poder prestar el servicio donde no se podía, sin tener gastos de inversión ni flujos de caja negativos. Para un mejor proceso se nombran negociadores, entre los que se encuentra el doctor Moisés Rubinstein. Se aclara en esta autorización que luego de terminar

²⁵ Folio 21 del Cuaderno de Pruebas N° 10. Citado en el Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Op cit. Folio 32.

²⁶ Documento COMPES 2760 MINCOMUNICACIONES-DPN-DITEL de enero 18 de 1995, por parte de los órganos de planeación. Gacetas del Congreso Números 111 de 19 de octubre de 1992; 163 de 18 de noviembre de 1992; 184 de 2 de diciembre de 1992; 193 de 7 de diciembre de 1992; 216 de diciembre de 1992 y 220 de 16 de diciembre de 1992, por parte del Congreso de la República. Contenido en Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 35.

la negociación, debe previo a la firma del contrato dar informe a la Junta Directiva , para que esta autorice la realización del negocio. En la determinación del precio TELECOM tiene en cuenta el comportamiento de precios, contenido en contratos anteriores, en el mercado nacional, latino americano, norte americano y europeo, concluyendo, que el precio de TELECOM es menor al del mercado, estipulando el primero en un precio que oscila entre 1.200 y 1.300 dólares americanos. Surge una diferencia entre los precios ofrecidos por las partes, siendo el de TELECOM de US \$ 969.66 por línea y el de ALCATEL de US \$ 1.290. Luego de la realización de las negociaciones, el 29 de julio de 1.993 ALCATEL acepta como precio por línea US \$ 1.175 y el aporte de US \$ 30.000.000 por parte de TELECOM que lo realiza por medio del crédito FAD, sin embargo en esta fecha aun no se ha acordado lo referente al valor de rescate. El 19 de agosto de 1.993 en la reunión con la junta directiva de TELECOM se presenta un informe de las negociaciones y se aclara que no se ha llegado a un acuerdo sobre la entrada en vigor del contrato, como tampoco sobre la forma y procedimiento de inclusión de una entidad financiera al contrato con el fin de dar un mejor manejo económico al contrato, así como financiero. El día 2 de septiembre del mismo año, la junta directiva de TELECOM recibe el informe final de las negociaciones, y la omisión de la sociedad de aceptar los términos fijados por la oferente en lo referente a entrada en vigencia del contrato, cesión, revisión del modelo. La junta autoriza en esta reunión la celebración del convenio.

"1.6. El Convenio C-0027 de 1993."

Basándose en la Ley 37 de 1.993, los principios de derecho comercial y privado, la ampliación de la Red de Telecomunicaciones, que realiza el Ministerio de Comunicaciones, con la autorización previa de la junta directiva, se celebra entre TELECOM y ALCATEL STANDARD ELECTRICA un "Convenio de Asociación". Recordemos que en las cláusulas primera y segunda se determina el objeto y alcance del contrato,²⁷ en la cláusula 22 del mismo se aclara que este convenio no crea una persona jurídica nueva y que cada una de las partes tiene su propia organización y personal.

"1.7. Modificaciones y Cesiones del Convenio C-0027-93."

Se realizan once modificatorios de los cuales podemos mencionar:

El 22 de abril de 1.994 se realiza el primer modificadorio, en el cual se traslada la entrada en vigor del contrato de suministro y el correspondiente empréstito en cinco meses, el primero celebrado para la adquisición de equipos de telefonía rural destinado a las zonas de Cauca medio y alto Magdalena, fijándose nueva fecha para el 30 de septiembre de 1.994. Este plazo es modificado nuevamente el 13 de diciembre de 1.994, con la realización del tercer

²⁷ Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 38.

modificatorio fijándose para el 30 de enero de 1.995. El primero de marzo de 1.995 se realiza el primer "otro sí" del contrato, en el cual y por causas no imputables a las partes se fija como fecha de perfección de los contratos de suministro y empréstito el 10 de febrero de 1.995, aclarándose que esta fecha no modifica ni las cláusulas ni la entrada en vigor del contrato C - 0027, la cual se llevo a cabo el día 15 de septiembre de 1.993.

El segundo modificatorio de fecha 30 de septiembre de 1.994 se realiza como consecuencia del acuerdo al que llegan las partes sobre la modificación de algunas cláusulas del contrato referentes al modelo económico, término y terminación del contrato.

El modificatorio cuarto es realizado el 8 de junio de 1.995, por el Comité de Coordinación (acta 13 de mayo de 1.995), el cual se refiere a: La demanda de servicio acordada se mantiene (142.952 líneas). El número de líneas DE 192.126, sigue teniendo el carácter de proyección y no como obligación de TELECOM. Aspecto que es tratado nuevamente en el quinto modificatorio, realizado el 5 de febrero de 1.995. Se ajusta el modelo de referencia, conforme a la entrada en vigor del convenio el día 23 de junio de 1.994. Se hace mención a los aportes en infraestructura ya instalada por parte de TELECOM. Se refieren al ingreso económico que se deriva de la conexión, y convienen para establecer objetivamente un parámetro de determinación, que el número de líneas de reposición es de 43.000, las cuales no generan participación económica a favor del convenio, sin embargo si el número es mayor, el convenio entra a participar de estos ingresos, y si es menor este debe reconocer el valor del número de líneas que falten para completar las 34.000. Se fijan parámetros de procedimiento tanto en la aplicación como en la composición de los modelos real y de referencia ajustado, conforme con su anexo. Se acuerda la forma de introducción de las líneas instaladas en el modelo económico, realizadas hasta marzo de 1.995, acordando que a partir de abril del mismo año la introducción de las líneas será mensual. Adicionalmente, se realiza la inclusión de cinco anexos financieros al modelo económico y se definen los ingresos del convenio, denominado "convenio de asociación"

El 12 de septiembre de 1.997 se lleva a cabo el sexto modificatorio, en el cual el Comité de Coordinación (acta 24 del 5/09/97) como respuesta al aumento en la demanda de líneas en zonas no incluidas y en otras ya pactadas, por esta razón son adicionadas 75.756 líneas a las ya convenidas en las localidades de Putumayo y Caquetá, fijándose como plazo de instalación el 31 de diciembre de 1.998 y de conexión y puesta en servicio de abonados el 31 de marzo de 1.999. Dentro de este punto también se acuerda que es obligación del consorcio el aportar los bienes y servicios que sean necesarios para la instalación, asumir los costos de mercadeo y de mantener en las gerencias de TELECOM un agente financiero en cada una de las localidades, hasta el día 31 de diciembre de 1.999, se obligan también a asumir los costos de instalación, comercialización y abonado, hasta el día antes mencionado.

Luego de esta adición el Comité de Coordinación realiza una nueva adición de líneas en un número de 80.000, a las acordadas, en las áreas ya establecidas, correspondiente a Antioquia, Cundinamarca, Putumayo y Caquetá, el día 6 de agosto de 1.998, con la

realización del modificatorio (acta 26 del 29/07/98). En éste mismo, se prorroga el plazo establecido en el sexto modificatorio a 18 meses.

El modificatorio número ocho realizado el 11 de marzo de 1.999, realiza unos cambios en materia comercial, de los cuales podemos resaltar; El consorcio asume los costos, de comercialización, instalación, acometida externa y los de mercadeo en su totalidad, los primeros hasta el 30 de septiembre de 1.999 y el último, hasta el 30 de septiembre de 2.000. No se modifica lo que corresponde al agente financiero. Luego el 30 de septiembre de 1.999, se amplió el plazo para crear y poner en marcha los abonados a los que se refería el sexto modificatorio, para el día 31 de diciembre de este año con el modificatorio número nueve, el cual se refiere también al mantenimiento de las condiciones comerciales contenidas en el anterior modificatorio. El 3 de diciembre del mismo año, mediante el modificatorio décimo, se deja sin efecto el séptimo modificatorio, en lo que concierne al aporte por parte del consorcio de bienes y servicios para instalar 80 líneas adicionales en las áreas convenidas en el contrato C - 0027, por lo tanto se declara al consorcio a paz y salvo respecto a los puntos del citado modificatorio. La cláusula 29 del contrato es modificada el 8 de noviembre de 2.000, por el modificatorio número once, que para efectos de este estudio hemos considerado transcribir sus principales puntos:

"CLAUSULA 29: ARBITRAJE Y LEY APLICABLE. En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus artículos, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el Comité de Coordinación y en el segundo lugar acudirán al procedimiento previsto en la Cláusula N° 9. Si a pesar de ello, las partes no logran llegar a un acuerdo amistoso, acordarán finalmente resolver el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas bajo las leyes colombianas. (...)"²⁸

"1.8. El Contrato de Suministro."

Se celebra entre TELECOM y ALCATEL STANDARD ELECTRICA, el día 1 de marzo de 1.995. Este contrato tiene por objeto la adquisición de equipos de telefonía rural para la zona del Cauca medio y alto Magdalena. Se fija como valor del contrato US \$ 29.996.998. En éste contrato se pacta que el precio será fijo desde la oferta hasta la terminación del contrato respecto de los bienes. De los gastos de instalación, riesgos y responsabilidad convienen en que estarán a cargo del contratista. TELECOM se compromete al pago del impuesto a las ventas, y a realizar el pago que le corresponde a través de la adquisición de un crédito por la mitad del valor con FAD (Fondo de Ayuda al Desarrollo de España), y la otra mitad con un crédito comercial según las reglas de la OCDE. Se estipulan las formas de pago y entrega.

²⁸ Folio 232 del Cuaderno Principal N° 1. Citado en el Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folios 44 y 45.

"2. DOCUMENTOS DEL CONVENIO C - 0027-93."

En este punto haremos referencia específica al Anexo Financiero y Técnico.

El Anexo Financiero

Es denominado por las partes Plan de Negocios, y en él se definen los términos en que se adelantará el convenio. En la cláusula 15 del convenio, se establece el procedimiento del modelo económico, en donde se hace mención de las obligaciones y derechos de las partes del convenio, los cuales se encuentran en el mismo contrato, y en sus anexos. En él se encuentra el modelo económico de referencia y el de Referencia Ajustado. Este anexo contiene los factores, proporciones matemáticas y sus formulas, datos de entrada, y las variables que intervienen, todos correspondientes al modelo económico. El modelo económico, forma como se titula el Anexo Financiero, constituye según estipulación de las partes un medio para saber como se va desarrollando el contrato, siendo posible modificarlo mediante un convenio realizado por las partes, y de carácter vinculante a consideración del Tribunal.

Existe también un Anexo Técnico que tiene como finalidad pormenorizar los aspectos técnicos contenidos y relacionados con el convenio.

Estos Anexos forman parte integrante del convenio, tal y como se establece en la cláusula primera del contrato C - 0027 de 1.993, por tanto y como consecuencia del acuerdo entre las partes su estipulación es de carácter vinculante para las mismas.

Sobre la naturaleza del contrato y las obligaciones para las partes

Sobre la naturaleza podemos decir que la convocante en su primera pretensión solicita que se declare que el contrato C - 0027 de 1.993 tiene una naturaleza de "contrato de asociación a riesgo compartido". En consideración del Tribunal en el convenio no se encuentra bien estudiada su práctica en la normatividad debido a su naturaleza, lo que puede estar estipulado se encuentra contenido en la Ley 37 de 1.999, por tanto debe realizarse un estudio sobre la aplicabilidad de la Ley a este contrato, y si su conformación se realizó efectivamente conforme a lo contenido en ésta, por esto se puntualizan aspectos relevantes en lo relacionado con el objeto, determinación de ingresos de las partes, aporte de los bienes por el contratista, proporción de utilidades y pérdidas de las partes, la duración del contrato y la no creación de una nueva persona jurídica, como puntos principales.

En cuanto al objeto, la cláusula primera del contrato C - 0027/93 suscrito entre las partes se establece que el objeto consiste en "regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarán a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que permitirá a TELECOM la prestación de los servicios de telecomunicaciones". Con lo que se concluye que el objeto es realizar un contrato que permita que TELECOM amplíe su red de servicio de telefonía. Recordemos que este objeto fue modificado el 12 de septiembre de 1.997 por

medio del sexto modificatorio ampliando el número de líneas en determinadas áreas, a esto se suma el enfoque social y económico que en áreas del territorio del país comienza a implantarse. Esta ampliación no contraría la Ley 37/93, la cual en su artículo 13 contiene esta posibilidad.

Respecto de la titularidad del servicio por parte de TELECOM, se puede ver identificado básicamente por tres factores contenidos en el mismo contrato, a saber: En su objeto, consideraciones y en la cláusula quinta. El Tribunal hace referencia a la no existencia de normatividad en la forma como se establece la administración del contrato de asociación bajo estudio. En concepto de esta autoridad, las partes realizan un estudio y determinación precisas sobre los puntos referidos a la administración, aportes, pérdidas y en general todo lo que la administración conlleva.

En cuanto al aporte realizado por la contratante TELECOM, no es valorado económicamente ni en el convenio ni en los documentos que lo acompañan y complementan o sus modificatorios, se hace referencia a las obligaciones de las partes en cuanto a bienes y servicios que las partes deben aportar, contando para esto con su especificación técnica, tal como consta en el Anexo Técnico que acompaña el contrato. El único valor especificado por las partes es el valor de cada línea, que en apartes anteriores mencionamos. Por lo anterior, la obligación de TELECOM no se determina en dinero, ni los aportes del proyecto se determinan como inversión.

Respecto a la proporción de utilidades y pérdidas que correspondería a las partes, podemos decir que en el convenio, definiciones, cláusulas 8 y 18, y en su anexo financiero se encuentra estipulado. En su aparte de definiciones numeral diez, hacen referencia a los ingresos de asociación y determinan que corresponde a los "recaudos" que reciban las partes derivados de la facturación de la tarifa básica para el servicio de telefonía fija de carácter local, los servicios que se contienen en este numeral y los derechos de conexión, ya sea fijo o adicional. Se considera desde luego el descuento que tal cantidad tiene del impuesto del IVA. También se refieren a los servicios que no serían sujetos a partición, estipulando, que no lo serían los servicios de valor agregado que celebre el contratista con terceros y los ingresos derivados de la prestación del anterior servicio.

Respecto de los nuevos servicios que el contratista no tenga celebrado con terceros, será el Comité de Coordinación el que entre a decidir.

En cuanto a las previsiones de riesgo de pérdida de bienes que son aportados al proyecto para la realización de la infraestructura de la red, las partes realizan sus previsiones y lo estipulan en la cláusula 18 del contrato mencionado.

Por todo lo anterior podemos concluir que las partes realizan una especificación de la distribución de ingresos y pérdidas del contrato, conforme al mismo, obviamente a su objeto, correspondiendo éste no a una explotación de la red de telefonía conjuntamente, sino a la extensión y ampliación de la misma. La estipulación del valor de rescate, tiene como fundamento, como en el mismo contrato se contiene en la cláusula 16, modificada

por el segundo modificatorio y que estipula que al terminar el proyecto la titularidad de los bienes será del contratista y como es el procedimiento para el traspaso de esta propiedad. La duración del contrato, conforme a la Ley 37 de 1.999, es menor a diez años. Sobre la creación de una nueva persona jurídica, igual que el punto anterior se encuentra conforme éste convenio con la Ley, al no crearse ésta figura.

A consideración del Tribunal el contrato materia de estudio, en conformidad con la doctrina hace parte de los denominados "contratos de organización", motivo por el cual de existir disparidades o lagunas, mal pueden las partes apresurarse a afirmar la existencia de mala fe o de incumplimiento a la confiabilidad que debe existir, tal como lo manifiesta la parte convocante en su alegato de conclusión y que sirve de fundamento a su primera pretensión, sino que debe entrarse a estudiar si esto es fruto de eventualidades y demás que en la ejecución del contrato pueden presentarse. Por todo lo anterior respecto a la citada pretensión el Tribunal se manifestara negativamente.

"4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL"

"4.1. Aspectos probatorios"

La convocante hace referencia al valor de confesión de las declaraciones de parte realizadas por el señor Cosme Antonio Prieto Avila, quien representa legalmente al consorcio, el 20 de abril y 17 de mayo de 2.001. Para el Tribunal esto no configura una confesión, sino que corresponde a una opinión que presta el señor Prieto sobre lo contenido en las cláusulas del contrato, además, el Tribunal se basa en lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil artículo 195, en el cual se consagra " Requisitos de la confesión. La confesión requiere: 1°. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2°. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3°. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4°. Que sea expresa, consciente y libre. 5°. Que verse sobre los hechos personales del confesante de que tenga conocimiento. 6°. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.", Por lo tanto esta "confesión" alegada por las partes no se configura sino es solo una declaración.

"4.2. La valoración de la inversión"

A este respecto el Tribunal realiza un análisis gramatical sobre el uso del paréntesis en algunos apartes del contrato y sus documentos anexos, en especial el referente al paréntesis que contiene "(número de líneas instaladas según la demanda acordada multiplicada por el precio unitario de la línea incluido en el Modelo de la Referencia)", ya que la demandante afirma que en la ejecución del contrato la convocada no realizó su aporte, que ascendía a la

suma de US \$ 265.347.059, queriendo con esto determinar si esa cantidad corresponde al valor contable que la convocada debía invertir por cada línea instalada.

El Tribunal considera por tanto que lo que debe realizarse es la determinación sobre la valoración del aporte, para saber si éste debía realizarse para saber que rentabilidad tenía el proyecto para la convocada y que la convocante debía garantizar. Para el Tribunal es claro que el proyecto resultaba rentable para el asociado lo cual es evidente en el contrato, ya que se toman las medidas para que la convocada recupere en materia económica y financiera su inversión.

Recordemos que este punto también se encuentra determinado en el Plan de Negocios y en el Modelo Financiero particularmente en materia de aportes. Como antes se mencionó en el convenio no se fija un precio por "ítems" y la única que cuenta con valoración es la línea. Volviendo al análisis gramatical el Tribunal luego de algunas precisiones establece que la finalidad de tal instrumento es la de esclarecer y puntualizar un concepto, con lo cual se establece que el precio por tarea se fija en US \$ 1.018.85, durante el tiempo a abril de 1.993 y de US \$ 994.30 a enero de 1.993, lo cual describe el promedio de la ejecución, pero no un resultado de la misma, sin embargo, los eventos anteriores al contrato muestran que las partes lo que pretendían era delimitar el valor por línea y por tanto, el de los aportes y no la conclusión antes mencionada. Esta valoración por línea que conlleva el valor del aporte se hace mediante una ponderación del valor promedio de líneas locales rurales y del número a instalar de las mismas, más las nuevas y de reposición para estructurar el valor del aporte.

Esta negociación del precio por línea que realizan las partes se evidencia en varios documentos, tales como las actas 16338 del 17 de junio de 1.993, la 1639 del 1 de junio de 1.993, entre otras. Como podemos ver no se buscaba establecer el precio total de la inversión, participación y valor de rescate. La inversión estipulada por las partes en el número de líneas fue de 192.126, el cual como se mencionó antes fija el aporte o inversión total, el cual por el precio fijado en US \$ 969.66 suma US \$ 186.296.800, llegándose a la negociación final a la que hicimos referencia en los antecedentes del contrato y que son soportados también en afirmaciones realizadas por diferentes intervinientes tales como:

La intervención del Asistente de la Vicepresidente Financiera y Financiero de TELECOM, Jesús Arturo Valencia; "El modelo establecía un valor por línea para poder determinar cuanto era el valor total de la inversión que iba a aportar el socio..."

"El modelo establecía un valor por línea y el valor total de la inversión correspondía al valor por línea multiplicado por el número de líneas."²⁹

Del doctor Moisés Rubinstein Lerner en su testimonio; "TELECOM lo que pretendía era hacer una evaluación objetiva y no un poco subjetiva y caprichosa de las propuestas,..."

"... desarrollamos un modelo financiero en el cual lo que yo diría se pretendía era evaluar la razonabilidad de las propuestas y en el fondo que niveles de rentabilidad eran los que estarían teóricamente obteniendo los asociados,..."

²⁹ Folios 27 y ss. del Cuaderno de Pruebas N° 16. Citado en el Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 82.

A la pregunta sobre si tenía un valor en dinero el aporte del contratista este responde que; "... se acordó de establecer unos valores, un número de líneas que se tenía que aportar de los cuales creo que unas iban a generar derechos de conexión otras no por que iba haber reemplazos de líneas y eso a su vez iba a dar una distribución de ingresos partiendo de un valor que se reconoce por línea instalada

La declaración del doctor Jesús Alvaro Valencia quien afirma; "... el valor por línea era un valor que permitía cuantificar la inversión justificando el número de líneas que realmente se habían instalado por el valor acordado para cada línea"³⁰

Con estas afirmaciones y documentos como los modificatorios cuatro y seis, se muestra como el valor fijado desde la primera etapa del contrato no cambia y sigue siendo ponderado según el número y la clase de líneas que se instalaran, en base a un valor convenido inicialmente por línea, sin el cual dicha suma no hubiera podido pactarse, con lo que el Tribunal recalca "que el número de líneas instalado es, dentro de la normativa del **convenio de asociación C - 0027 de 1993, el indicador del avance de la inversión del asociado, inversión que ha sido valorada en un precio por línea que acordaron las partes** y ese acuerdo no es extraño al sistema jurídico ni siquiera en cuanto concierne al régimen de sociedades, al cual se refiere la convocante en su demanda."

Como se ha mencionado antes y ahora se aclara nuevamente, el aporte realizado por las partes era un aporte en especie, lo cual se evidencia en los antecedentes del contrato, los documentos que hacen parte de éste y la conducta de las partes. Sobre este último es claro que muestra la utilización de un parámetro técnico (el valor de la línea) para poder determinar el valor de la inversión.

Lo anterior queda evidenciado en el dictamen pericial realizado el 10 de agosto de 2.001 en el que se consigna "... no encontramos en el convenio, en los anexos ni en los modelos económicos referencias o condiciones que permiten determinar que las inversiones del convenio se basan en la contabilidad de los partícipes la única referencia al respecto es la que relaciona las inversiones con el número de líneas a instalar y el valor unitario asignado a las líneas".

Lo anterior explica también que las partes no establecen la forma en que TELECOM accediera a la contabilidad de la convocada ni como se llevaría a cabo tal contabilidad de la inversión.

El Tribunal se manifiesta respecto de la inversión real contenida en el modelo real y de referencia ajustado durante la ejecución del contrato así:

INVERSIONES (Millones de Pesos Constantes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	92,210	30,574	12,934	53,617	1,901	191,236

³⁰ Folio 77 y ss. del Cuaderno de Pruebas N° 16. Citado en el Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 89.

Modelo Real	92,210	30,574	12,934	53,617	1,901	191,236
-------------	--------	--------	--------	--------	-------	---------

INVERSIONES (Millones de Dólares Constantes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	123,488	40,945	17,321	71,805	2,546	256,105
Modelo Real	123,488	40,945	17,321	71,805	2,546	256,105

INVERSIONES (Millones de Pesos Corrientes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	151,080	61,806	29,265	156,861	6,666	405,677
Modelo Real	143,279	58,204	26,957	147,399	6,080	381,919

INVERSIONES (Millones de Dólares Corrientes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	139,896	47,617	20,378	86,780	3,138	297,809
Modelo Real	160,573	56,046	25,315	104,070	3,497	349,501

Cuadro³¹

se niegan las pretensiones 4, 5, 9, 10, 11, (no hay 12) 13, 14, 15, 16 y 17 con base en su estudio y en pruebas como los dictámenes periciales

"4.4. La rentabilidad del proyecto"

El proyecto base de realización del contrato C - 0027 de 1.993, tiene dos aristas, la primera; como proyecto social de inversión, y la segunda; como proyecto de inversión privada, por esto no puede decirse que se pretende una equivalencia prestacional respecto del beneficio entre las partes, ya que la entidad privada busca la rentabilidad económica, mientras la entidad estatal en el desarrollo del proyecto busca el desarrollo de la inversión social generando un impulso del sector. Lo que lleva a que se realicen desde una perspectiva económica actividades que no son deseables desde el punto de vista de la rentabilidad.

De lo anterior puede desprenderse los derechos de las partes, las cuales consistían; para TELECOM según la cláusula 6 del contrato la de "inspeccionar y revisar las actividades a cargo de ALCATEL SESA en la etapa de suministro, instalación y puesta en funcionamiento" Y para ALCATEL, en su cláusula 4 literal c "tener acceso total y completo a los registros contables separados y demás información relacionada con el convenio, de acuerdo a lo estipulado en el anexo financiero y la cláusula de obligaciones de TELECOM " con lo que se buscaba la satisfacción de intereses de las partes.

³¹ Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 88.

"QUINTA CONSIDERACIÓN"

"LA DURACIÓN DEL CONVENIO"

Como punto de controversia de la demanda, las partes formulan;

ALCATEL por su lado propone que la duración sea variable conforme a la participación en los ingresos, y ya que el comité de coordinación puede en cierto momento modificarlo, como en el evento de presentarse nuevas condiciones, inclusiones u otras en el negocio.

Durante las negociaciones se llega al acuerdo de fijar el plazo de duración del contrato en un término fijo de diez años, relacionado con la participación del asociado y el valor de rescate. Acuerdo que se plasma en el contrato según se aprecia en el acta 1640.³²

TELECOM: Para la entidad la duración del contrato está determinada por la obtención de una TIR del 12% en dólares sobre la inversión con el fin de que el asociado recupere este concepto. Sobre este punto y el valor de rescate (del cual manifiesta se calcula sobre el valor presente en dólares de los flujos de caja netos durante el periodo faltante de vida del convenio y una vez termine la duración de este), afirma que el valor antes descrito no es procedente, es decir que una vez ejecutado el contrato no puede tenerse derecho a este valor. Del mismo modo manifiesta que si son "hipótesis" estas declaraciones y no se cumplieran, tampoco se cumpliría lo que de ellas se derivara.

Para tales afirmaciones TELECOM se fundamenta en:

Contrato C - 0027/93; cláusula 27; contiene dos circunstancias de terminación anticipada; el mutuo acuerdo, y el incumplimiento de parte.

Anexo Financiero; capítulo 2° Lit. b

Modificatorio 2°; sobre el valor de rescate; "a cualquier momento de la vida del convenio..."

Modificatorio 4° anexo 4°; "TIR en dólares para ALCATEL SESA 12.00000 %"

Para las convocadas, el contrato tiene una duración de 10 años, la terminación anticipada esta contenida en el convenio, la duración no constituye como afirma el contratante una condición resolutoria sujeta a plazo, como lo manifiestan en la contestación de la demanda, en donde afirman que la duración del contrato "es o sería de diez (10) años o ciento veinte (120) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigor" (contenido también en sus alegatos de conclusión)

Sus afirmaciones las basan en;

Cláusulas 15, 23 y 27 del contrato C - 0027/93.

Anexo Financiero del contrato, en su punto A del Plan de Negocios y el capítulo 1 Lit. B 14.

³² (folio 407 cuaderno 4 de pruebas)

Modificatorios 1°, 2° y 3°

El Tribunal conforme al estudio de los textos citados por las partes conviene en expresar que las partes acuerdan que el contrato tuviera una duración de diez años. Así mismo sobre las afirmaciones de TELECOM acerca de la terminación anticipada del contrato, el Tribunal considera que no se encuentran dentro del contenido ni del contrato ni en los documentos que lo acompañan, ya que el contrato no termina cuando se ha logrado una TIR del 12%, esto no corresponde a lo pactado.

Ahora con respecto al Anexo Financiero, el punto B 12 lo que permite es el cálculo de la inversión.

El Modelo de Referencia Ajustado del Anexo Financiero, no es una forma de modificar el contrato, ya que es improcedente que un documento que lo conforma lo modifique, además que conforme a lo establecido en el mismo contrato, en el evento de existir una discordancia entre los documentos anexos y el contrato mismo prima este último.

Sobre el valor de rescate el Tribunal no se pronuncia, ya que sobre este punto no se refieren las pretensiones de la demanda y solo se contiene en los alegatos de conclusión realizados por la demandante. Conforme a estos puntos el Tribunal declara la no procedencia de la décimo sexta pretensión de la demanda.

"SEXTA CONSIDERACIÓN"

"LOS AJUSTES A CARGO DE TELECOM"

Respecto de los pagos de los ajustes, las partes afirman que efectivamente se realizan siendo por tanto, un punto que no está sujeto a discusión, sin embargo lo que los convocados discuten es sobre la base en que se realizan esos pagos, es decir, si se realizan como pago al cumplimiento de las convocadas de su obligación de instalar y entregar funcionando líneas en un número especificado o por que hacen parte de la inversión contenida en el Modelo Real. Al respecto y luego de comprobar la realización de dichos pagos con base al informe financiero presentado por los doctores Guillermo Villaveces y Jaime Ricaurte,³³ el Tribunal de acuerdo a la sexta pretensión establece que los pagos están comprobados, y respecto a la determinación sobre la intención en la que se funda una de las partes para realizar el pago, el Tribunal no puede pronunciarse al no poder determinarse tal intención por medios probatorios valederos.

³³ Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folio 92.

"CONSIDERACIONES FINALES"

"EL CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR CINCUENTA JUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA"

Sobre el caso que ocupa, el señor Procurador 50 Judicial, doctor Luis Uribe Acosta considera, que las pretensiones de la demanda deben ser resueltas de manera favorable a la demandante. El Tribunal respecto de la intervención del señor Procurador, manifiesta que la declaración del funcionario respecto que "al MINISTERIO PÚBLICO le corresponde velar por la integridad del orden jurídico y encuentra que existe una conducta que amerita que los árbitros pongan en conocimiento de la autoridad competente la conducta de la oficina de abogados que con intereses contrapuestos ha observado posiciones ambivalentes que generan el pleito en cuestión".

Ya que en consideración del Tribunal las afirmaciones sobre las que se basa el señor procurador para su declaración son las correspondientes a los doctores Mauricio Plazas Vega y Rafael Arenas Angel, interpretaciones jurídicas que versan sobre el contenido de un contrato, dando su punto de vista, su opinión, sin que por tal apreciación se indique que se desarrolló indebidamente el contrato y por tanto no se evidencia un atentado contra el Orden Público como lo indica el señor Procurador.

"EL PRINCIPIO DE BUENA FE"

El artículo 83 de la Constitución Nacional precisa "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Carácter constitucional del principio, Siendo por tanto obligatorio para todos los asociados

Al respecto se refiere el Código Civil en los artículos 768, 769 y 1603, sobre efectos de este principio en materia civil, que corresponden a:

Adquisición de dominio por medios legítimos, el justo error no se opone a la buena fe, el error en derecho se presume de mala fe y no admite prueba en contrario, los contratos deben realizarse con base en este principio, obligan a todo lo que se relaciona con ella, y la buena fe se presume por tanto prohibirse su contrario.

" y se estableció, además la presunción de buena fe en relación con todas las actuaciones de los particulares, ante las autoridades públicas". Con lo cual se le da un carácter imperativo y de aplicación a las actividades tanto públicas como privadas, siendo indispensable para el reconocimiento de la honestidad, integridad e interpretación de manera honrada y adecuada cuando se establezcan actividades de las autoridades del Estado con los particulares.

Refiriéndose el Tribunal al texto de las ponencias que durante el trámite de aprobación se presentó.³⁴

Así mismo nos presenta la Sentencia C - 544/94, que hace referencia a éste principio en materia civil al entrar a decidir lo contenido en el artículo 768 del Código Civil, destacándose dos puntos de la citada Sentencia;

Que se considera la obligación de actuar conforme a este principio tanto a los particulares como a las autoridades.

La presunción de buena fe por parte de los particulares en sus relaciones con las autoridades.

Rescata el Tribunal también la obligación que se positiviza, de actuar con lealtad, integridad de acuerdo con la Ley y las buenas costumbres.

Nos habla también del carácter probatorio de las presunciones de mala fe en materia contractual ya sea por desconocimiento de la Ley, su fraude. Indicando que debe probarlo quien indique la ocurrencia de tal circunstancia por parte del particular.

"COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO"

No se condena en costas teniendo en cuenta:

- Lo contenido en el artículo 342 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil
- Que prospera parcialmente la demanda
- Lo complejo de la materia en discusión
- La diligencia y cuidado de las partes en su actuación

"RESUELVE"

Se encuentra contenido en el folio 106 del Laudo.

4.1.4 Naturaleza y régimen jurídico del contrato

A) Naturaleza Debido a la solicitud de la parte convocante de que se declare que el contrato C – 027, es un contrato de asociación a riesgo compartido, con lo cual, su naturaleza se encontraría regulada por la Ley 37 de 1.993.

Este contrato tenía como objeto recuperar el monto de la inversión, costos y gastos realizados a una Tasa Interna de Retorno del 12% (dólares americanos).

³⁴ Tribunal de Arbitramento de TELECOM contra ALCATEL ESPAÑA SUCURSAL COLOMBIA y otros. Ibid. Folios 102 y ss.

Para tal conclusión la parte se apoya en el cumplimiento de los requisitos constitutivos del contrato de joint venture, describiendo como se cumplen tales requisitos.

Este contrato atípico, cuenta es con una conceptualización doctrinaria, la cual a pesar de recibir diferentes denominaciones, tales como joint enterprices, es una figura que consiste en una reunión de personas, las cuales no se asocian, pero si se unen para asumir un riesgo, a cambio de recibir una retribución económica, con una distribución de funciones para sus miembros, y las cuales solo se encaminan a la consecución de los fines para los que se unen.³⁵

El Tribunal al respecto manifiesta que acerca de la asimilación a un contrato de joint venture, recuerda que no existe legislación que regule el contrato.

Referente a lo denominado por la parte “contrato de asociación a riesgo compartido de conformidad con la ley 37 de 1.993”, aunque en un comienzo afirma no encontrar ni en ésta, ni en ninguna otra norma lo referente a este contrato, en su totalidad concluye con un análisis comparativo sobre los principales puntos contenidos en la ley, analizando si cumplía o no con ella, luego del cual, se puede ver claramente que si se cumple.

B) Régimen Jurídico La Constitución Nacional, como norma de normas, contiene en algunos de sus artículos normas referentes a la prestación de servicios públicos, encaminando siempre esta prestación a la garantía del interés general, mediante una prestación en condiciones de eficiencia, calidad y continuidad.

A continuación, podemos mencionar sus artículos:

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

³⁵ CABALLERO SIERRA, Gaspar en RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto. Nuevos Contratos Estatales, 1.994, págs. 300 y 301. “En el joint venture cada miembro actúa como dueño y como agente de los demás miembros, y por eso la promesa de uno equivale a la promesa de todos y se presume autorizado para realizar actividades propias del joint venture. (...) el joint venture está particularmente limitado a aquellas precisas relaciones dirigidas a los efectos de un negocio y un beneficio comercial, y no comprende todos los negocios o actividades profesionales de los miembros...”

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. (...)

Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. (...)"

En nuestra legislación, como es el caso de la Ley 142 de 1.994, la cual en sus artículos 1, 2, 4, 10, 13, 14, 15, 30, 31, 33 y 36 toca aspectos referidos este servicio público y su prestación, de los cuales, para este estudio presentamos los siguientes:

"Artículo 4.- Servicios Públicos Esenciales.

Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley, se considerarán servicios públicos esenciales.

Artículo 10.- Libertad de Empresa

Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la Ley.

Artículo 13.- Aplicación de los Principios Generales.

Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras Leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten.

Artículo 30.- Principios de Interpretación.

Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el Título Preliminar; En la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

Artículo 31.- Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública.

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa. (...)

Artículo 39.- Contratos Especiales.

Para los efectos de la legislación de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.5.- Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se

obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa."

A continuación, se analizarán los aspectos más relevantes ocurridos en la evolución de las etapas enunciadas en el proceso, por esto comenzaremos refiriéndonos a los aspectos previos a la celebración del contrato.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, realiza una convocatoria pública a oferentes el 9 de abril de 1.992, convocatoria que tiene como objeto la realización conjunta de proyectos de telecomunicaciones, para la realización de este proyecto se autoriza la conformación de consorcios, TELECOM indica que será el titular del servicio y que tal convenio no genera una persona jurídica diferente.

En Colombia todos los contratos celebrados con las entidades públicas son contratos estatales (naturaleza unitaria de los contratos). La Ley 80 de 1.993, en su artículo 32,³⁶ estipula que todos los contratos estatales se han estructurado basado en el derecho civil, pero con reglas específicas para; La selección objetiva del contratista, la solemnidad de la escritura y el goce de prerrogativas especiales propias de la administración mas no del contrato. Por esta razón la entidad mencionada debe llevar a cabo el procedimiento establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.³⁷

La autorización de conformación de los consorcios para la realización del objeto del contrato, se basa en esta precisión de no crear una persona jurídica nueva,³⁸ ya que como sabemos los consorcios no son sociedades, por lo cual no constituye su conformación una persona jurídica diferente, corresponde esta figura a la realización de un contrato comercial solemne (escrito) por el cual dos o más personas se reúnen para presentar una propuesta para un contrato, responden solidariamente por las obligaciones o sanciones que contraigan. El Decreto 679 de 1.994 (marzo 28), en su artículo tercero consagra que conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993, en su artículo 24, numeral 5° literal a.,³⁹ correspondiente a

³⁶ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32. – “De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 4. Contrato de concesión.”

³⁷ DECRETO 679 DE 1.994 (marzo 28). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1.993. Su artículo 8; hace referencia a las normas aplicables a los contratos estatales, que corresponde a la sujeción a la Ley 80 de 1.993, y sobre lo no contenido en esta, se regirá por las disposiciones comerciales, cuando las materias del contrato sean de carácter mercantil, conforme a los artículos 20 a 22 del Código de Comercio o a la legislación civil.

³⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I, Novena edición. Bogotá Colombia: Editorial Temis Librería, 1.981. pág. 624,"... no solo el hombre, sino también determinados entes colectivos, pueden ser sujetos de derechos en razón de que tienen o pueden construir (sic) una voluntad en virtud de la cual pueden ser titulares de derechos subjetivos y, además, responsables por los daños que causen a otros."

³⁹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 24, numeral 5. “En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección;"

la participación de los consorcios y las uniones temporales, que estos estarán sujetos a los requisitos objetivos impuestos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.⁴⁰

En esta convocatoria, TELECOM llama a oferentes nacionales e internacionales inscritos en el registro de proponentes (RUP),⁴¹ el cual corresponde al registro único de proponentes que se realiza mediante inscripción en la Cámara de Comercio, para que se realice su calificación y clasificación, conforme a lo expuesto en las Resoluciones 1584 y 2245 de 1.994. Constituye un requisito en contratos estatales de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, este registro es de carácter público. Los requisitos documentales para la realización de este registro se encuentran contenidos en la Resolución 2125 de 1.994, de la Superintendencia de Industria y Comercio, y el Decreto 856 de 1.994, el cual reglamenta el funcionamiento del registro en la Cámara de Comercio, este decreto presenta el objeto del registro en su artículo primero, en los siguientes términos; "El registro de proponentes tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la Ley 80 de 1.993."

La oferente se basa para tal ofrecimiento en la autorización legal contenida en el Decreto 553 de 1.992, el cual autoriza la realización de contratos de asociación a riesgo compartido, cuyo objetivo es la realización de proyectos de TELECOM.

Con la expedición de la Ley 37 de 1.993, el Consejo de Estado, suspende el contenido del decreto y todos los actos que de él se deriven se dejan sin efectos, motivo por el cual TELECOM realiza nuevamente la convocatoria, llamando a los oferentes que se presentaron a la anterior, y manifestando que los términos se mantenían, ya que estos se encontraban conformes con la nueva norma. A lo que ALCATEL STANDARD ELECTRICA, responde mediante comunicación que su propuesta se mantenía en las mismas condiciones.

En la convocatoria TELECOM aclara que la contratación puede ser realizada directamente, este tipo de contratación se regula en el Estatuto General de Contratación de la

⁴⁰ DECRETO 679 DE 1.994 (marzo 28). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1.993. Su artículo 3; consagra que conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993, en su art. 24 numeral 5° lit. a. correspondiente a la participación de los consorcios o las uniones temporales, los cuales se encuentran sujetos a los requisitos objetivos impuestos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

CONSEJO DE ESTADO, sentencia de octubre 10 de 1.994. (Exp. 8386) "... el acto de adjudicación deberá impugnarse mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho y el demandante no estará obligado a demandar la nulidad del contrato celebrado; y en el caso que se declare la nulidad de dicho acto, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación..."

⁴¹ DECRETO 856 DE 1994 (abril 28). Por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio

Art.- 1° "*Objeto del registro.* El registro de proponentes tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la ley 80 de 1993."

Administración Pública, en su artículo 24,⁴² éste tipo de contratación constituye una excepción a la regla general que corresponde a la licitación pública en materia de contratación estatal, razón por la cual para que se presente, debe encontrarse inmersa en uno de los casos previstos para tal evento. Los que revisten importancia, por ser los más utilizados son los que se presentan en razón de la cuantía del contrato, (cuando éste es de menor cuantía), por el objeto del contrato, (en razón a la naturaleza contractual o la conveniencia del orden público), por razones de urgencia manifiesta, la cual se presenta en los casos contenidos en el Estatuto en su artículo 42. Otro evento es la declaración de desierta la licitación o, cuando no existen varios oferentes que se presenten a la oferta, en razón a que solo existe una persona capaz de realizar lo contenido en la convocatoria, o la existencia de un solo proponente en el RUP, con las condiciones impuestas para la contratación.⁴³

Los términos de referencia de TELECÓM, presentan los aspectos que debe contener la propuesta de los oferentes, en el esquema de la oferta, se establece la responsabilidad del

⁴² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 24. – “Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía para la contratación;

(...)

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas;

(...)

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación;

(...)

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley. "

⁴³ DECRETO 855 DE 1.994 (abril 28). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1.993 en materia de contratación directa.

"Art. 1; "Las entidades estatales podrán contratar directamente, en los casos expresamente señalados en la Ley 80 de 1993, y deberán ceñirse a lo establecido en este reglamento, sin perjuicio de lo previsto en el decreto 2681 de 1993 y disposiciones complementarias."

Art. 2 "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993."

Art. 3. parágrafo; " La entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que este en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, en los siguientes eventos: cuando las haya solicitado y solo haya recibido una de ellas; cuando de acuerdo con la información que pueda obtener no existan en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios; cuando se trate de contratos *intuitu personae*, esto es que se celebran en consideración a las calidades personales del contratista, y cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permita solicitar varias ofertas. De todo lo anterior se dejara constancia escrita.

En todo caso, la entidad tendrá en cuenta para efectos de la contratación los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado."

oferente en la operación y el mantenimiento de sistema, proporcionando la infraestructura para el servicio que sea necesaria y que complemente la que TELECOM posee. Así mismo que esta última mantendrá la titularidad del servicio.

En cuanto a los aspectos financieros, se hace referencia a la creación de planes y medidas que tienen como finalidad mantener el equilibrio económico del contrato. Estos mecanismos como la revisión de resultados periódicos y actualización del Plan Estratégico, la realización de un Plan de Negocios y la creación del Comité de Coordinación del Proyecto, contienen una referencia bien especificada sobre las participaciones en el riesgo, en el mantenimiento y explotación del negocio, los costos de su realización, los productos obtenidos con la misma, la situación económica, de inversión, de ingresos y su contabilidad, así como la participación de las partes en los aspectos técnicos, comerciales y operativos del contrato. Como vemos en todo lo anterior se quiere asegurar que el contrato conservara su equilibrio económico.

Deteniéndonos un poco en este último concepto, precisemos, que en la Ley 80 de 1.993, en sus artículos 4º, referido a los derechos y los deberes de las entidades, 5º conteniendo los deberes y derechos de los contratistas⁴⁴, 14 que se refiere a la utilización de la entidad de mecanismos que le permitan cumplir con el objeto del contrato, 25 que contiene el principio de economía y 27 referido a la ecuación contractual.⁴⁵ Como es de nuestro conocimiento el equilibrio económico de un contrato se rompe, por circunstancias ajenas a las partes, haciendo que este pierda su equivalencia económica y financiera. La doctrina ha señalado como requisitos para que se presente este desequilibrio, que no sea consecuencia de ninguna de las partes y que su ocurrencia o el conocimiento de esta sea posterior a la celebración del contrato.⁴⁶

Acerca de la oferta de ALCATEL STANDARD ELECTRICA (Soc. Española) representada por ALCATEL COLOMBIA (15 de septiembre de 1.992), la cual afirma la oferente realizó sobre la base de estudios legales, económicos y técnicos que facilitan la negociación en amplios márgenes. Los estudios que realiza son de factibilidad, en el que se refiere a la inversión, en donde aclara que es difícil establecer los imprevistos en montos fijos, por lo cual los valora con la inclusión de un 5% no incluidos en lo establecido por concepto de gastos, de los ingresos, los cuales son valorados en dólares americanos. De la tasa de cambio, que corresponde a la vigente al momento, y el establecimiento de formulas

⁴⁴ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. artículo 5 numeral 1 inciso 2º. "En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

⁴⁵ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. "ART. 27. - De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

⁴⁶ RODRIGUEZ SANTOS, Op. cit. p. 106.

escalatorias. Y el Plan de Negocio, en este plan se incluye lo referente al objeto, valoración y contabilidad de la inversión inicial.

En cuanto a las negociaciones previas a la celebración del contrato, se centra (teniendo en consideración la factibilidad del negocio), en la determinación del precio, de acuerdo a su comportamiento en los mercados. Se establece luego de la negociación entre las partes un precio por línea US \$ 1.175 y el aporte de US \$ 30.000.000 por parte de TELECOM. La junta directiva de TELECOM el 2-09-92 autoriza la celebración del convenio, previa recepción del informe final de las negociaciones, y la omisión de la sociedad de aceptar los términos fijados por la oferente acerca de la entrada en vigencia del contrato, cesión, revisión del modelo.

Luego de este recuento, podemos referirnos a un aspecto que toca varias de las pretensiones de la demanda que corresponde a la valoración que se le da a la inversión.

En un primer momento podemos ver que el Tribunal se detiene en un análisis del sentido gramatical del paréntesis para poder establecer cual era la intención de las partes al colocarlo. En nuestro concepto la aplicación que se ajusta al querer de las partes, es la de utilizarlo para colocar "ciertas explicaciones o aclaraciones que se pueden suprimir sin que varíe el sentido de lo que se dice."⁴⁷. Este análisis se realiza para determinar cual fue la base de fijación del aporte. Concordamos con el Tribunal en que el sentido del paréntesis es el aclarar o ampliar algunos de los conceptos presentados, como el referente a "(número de líneas instaladas según la demanda acordada multiplicada por el precio unitario de la línea incluido en el Modelo de la Referencia)".

Luego del análisis de las posiciones de las partes sobre la valoración del aporte y del Tribunal, podemos coincidir con el mismo en que ésta valoración no era de tipo contable invertida por línea que se instalara, el aporte realizado por las partes era un aporte en especie, y que se utiliza el parámetro técnico del valor de la línea, para poder con esto determinar el valor de la inversión.

La determinación del valor del aporte, permite establecer la rentabilidad del contrato, lo cual se evidencia, tomando de base que el contrato debe verse desde dos puntos:

Como proyecto social de inversión, con lo cual se aprecia que lo que persigue la entidad del Estado es desarrollar la inversión social y el impulso del servicio, pudiendo por tanto poder prestar el servicio donde no se podía, sin tener gastos de inversión ni flujos de caja negativos, desprendiéndose el derecho de TELECOM de llevar a cabo inspecciones y revisiones, en la etapa de suministro, instalación y de funcionamiento de las funciones de ALCATEL SESA (Cláusula 6), con lo cual puede apreciarse que siendo éste el fin perseguido por la entidad estatal, puede que para TELECOM desde el punto de vista económico se llevaran a cabo operaciones que no le dejaran rentabilidad, pero reiteramos

⁴⁷ CABEZA BARRIOS, Jorge Enrique, RICARDO TORRES, Otto. Enciclopedia Estudiantil Educar. Gramática Española. Tomo seis. Editorial Educar Cultural Recreativa S. A. 1.989. pág. 149.

este no era su fin.⁴⁸ *Como proyecto de inversión privada*, con el cual la entidad privada lo que busca es una rentabilidad económica, que se evidencia en la cláusula 4 literal c. del contrato, respecto de sus facultades, en la cual se aprecia que esta tiene la facultad de acceder a los libros de contabilidad y demás información que le sea necesaria. Por lo anterior podemos ver que el contrato resultaba rentable para las partes según las necesidades y fines buscadas por cada una, añadiendo a esto que una de las formas de asegurar esta rentabilidad es la toma de medidas realizadas en el contrato para que la convocada recuperara su inversión. Se fija por tanto un precio por línea (precio por tarea se fija en US \$ 1.018.85, durante el tiempo a abril de 1.993 y de US \$ 994.30 a enero de 1.993), y por lo tanto el de los aportes, y una ponderación de la ejecución, pero no una determinación del resultado. Lo que en otras palabras quiere decir que la valoración por línea, constituye la base de valoración del aporte, luego de ponderar el valor de la línea por el número a instalar, las nuevas y las de reposición.

De lo anterior queremos presentar una afirmación realizada por el Tribunal acerca de los valores fijados en las diferentes etapas del contrato, en la cual considera "que el número de líneas instalado es, dentro de la normativa del **convenio de asociación C - 0027 de 1993, el indicador del avance de la inversión del asociado, inversión que ha sido valorada en un precio por línea que acordaron las partes** y ese acuerdo no es extraño al sistema jurídico ni siquiera en cuanto concierne al régimen de sociedades, al cual se refiere la convocante en su demanda." Con lo cual concordamos ya que como antes quedo clarificado se establece un valor ponderado por número de línea, el cual al aumentar el número de instalaciones realizadas evidencia el incremento en los ingresos percibidos por las partes (según sus finalidades perseguidas)

El Tribunal concluye de manera acertada el valor de la inversión en los modelos real y de referencia ajustado, de la siguiente manera:

INVERSIONES (Millones de Pesos Constantes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	92,210	30,574	12,934	53,617	1,901	191,236
Modelo Real	92,210	30,574	12,934	53,617	1,901	191,236

INVERSIONES (Millones de Dólares Constantes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	123,488	40,945	17,321	71,805	2,546	256,105

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de octubre 24 de 1.996 (Exp. 11632) "Conviene anotar cómo la figura del equilibrio financiero del contrato no ha sido extraña ni a nuestra jurisdicción, ni a nuestra jurisprudencia. Sin duda alguna las partes al contratar son conocedoras del beneficio resultante del contrato: conseguir los fines esenciales del Estado, para la entidad pública contratante; la obtención de un provecho económico, para el contratista. Dentro de este marco habrá, pues, de moverse la regulación financiera del contrato y con miras a mantener su equilibrio económico, se ha de procurar la protección de las partes, y especialmente para el caso del contratista como colaborador que es del Estado, se deben tomar las medidas necesarias para lograr dicho mantenimiento, de tal forma que pueda conservar el beneficio económico que lo llevo a contratar."

Modelo Real	123,488	40,945	17,321	71,805	2,546	256,105
-------------	---------	--------	--------	--------	-------	---------

INVERSIONES (Millones de Pesos Corrientes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	151,080	61,806	29,265	156,861	6,666	405,677
Modelo Real	143,279	58,204	26,957	147,399	6,080	381,919

INVERSIONES (Millones de Dólares Corrientes)	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Modelo de Referencia Ajustado	139,896	47,617	20,378	86,780	3,138	297,809
Modelo Real	160,573	56,046	25,315	104,070	3,497	349,501

(CUADRO folio. 88 del laudo)

Sobre la determinación del contrato como un contrato de asociación a riesgo compartido, y luego de realizar un análisis comparativo de este con lo contenido en la Ley 37 de 1.993, respecto de:

a. Objeto; "regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollaran a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que permitirá a TELECOM la prestación de los servicios de telecomunicaciones".⁴⁹ Con lo que se evidencia que consiste en contratar para ampliar la red de servicio de telefonía de TELECOM. La ampliación de la Red de Telefonía a ciertas áreas del territorio se debe a la finalidad social que antes mencionábamos, perseguía la entidad. Este enfoque social que comienza a implantarse, es solo el resultado del enfoque que el Estado le da al manejo de los contratos que celebra respecto de la prestación de estos servicios. Lo anterior no contraría la Ley.

Ingresos de las partes; Las partes realizan una especificación de la distribución de ingresos y perdidas del contrato, conforme a su objeto, la extensión y ampliación de la misma. Se establece que corresponde a ingresos de asociación lo percibido por motivo de recaudo derivado de la facturación que se realice por concepto de tarifa básica para el servicio de telefonía fija de carácter local, los derechos de conexión, ya sea fijo o adicional, y demás establecidos en el contrato (definiciones núm. 10), con la realización de la estimación tributaria correspondiente (IVA descontado). Añadiendo que no habrá derecho de participación sobre ingresos percibidos por los contratos con terceros de servicios de valor agregado y la prestación del mismo, sobre la contratación de nuevos servicios tendrá que decidir el Comité de Coordinación.

b. Aporte de los bienes por las partes; corresponden a bienes y servicios que las partes deben aportar, contando para esto con su especificación técnica, tal como consta en el Anexo Técnico que acompaña el contrato. El único valor que se especifica es el valor de cada línea, que en apartes anteriores mencionamos. El aporte de TELECOM como antes

⁴⁹ Cláusula primera del contrato C - 0027/93

mencionamos no es valorable contablemente, así como tampoco los aportes constituyen la inversión.

c. La duración del contrato; aunque este punto es también motivo de controversia para las partes, ya que para TELECOM, esta la determina obtener una TIR del 12% en dólares sobre la inversión, para que se recupere la inversión. Las convocadas por su lado indican que el contrato tiene una duración de 10 años y que no es una condición resolutoria sujeta a plazo, conforme lo afirma la entidad.

El Tribunal luego de analizar el contrato y los documentos que lo acompañan (tales como; Cláusulas 15, 23 y 27 del contrato C - 0027/93, Anexo Financiero del contrato, en su punto A del Plan de Negocios y el capítulo 1 Lit. B 14, Modificatorios 1°, 2° y 3°, y dictámenes periciales) de manera asertiva encuentra que las partes convienen en que la realización del contrato sea de 10 años. Respecto de la afirmación de TELECOM, afirma que esto no se encuentra en ninguno de los documentos ni en el contrato. La duración del contrato, conforme a la Ley 37 de 1.993, es menor a diez años.

d. La no creación de una nueva persona jurídica; sobre este punto con anterioridad se había expresado que desde los pliegos de condiciones la entidad contratante fue clara y precisó que no se crearía una nueva persona jurídica.

De lo anterior, podemos ver como se configura el contrato de asociación a riesgo compartido, conforme al análisis comparativo que se realiza de éste y la ley.

Otros puntos que se destacan del laudo y en particular de la controversia, son los referentes a la celebración del contrato de suministro, entre, cuyo objeto era adquirir equipos de telefonía rural, para unas determinadas zonas, por un valor de US \$ 29.996.998, el cual es fijo desde la oferta hasta que se termine el contrato, en este se determinan formas y fechas de pago, la obligación de la entidad de pagar lo referente al IVA.

Sobre los documentos que acompañan el contrato, el anexo financiero y técnico, hacen parte del contrato tal como se estipula en la cláusula primera del mismo. El primero, denominado Plan de Negocios, contiene los modelos económicos de referencia y de referencia ajustado, en el se encuentran todas las formulas, datos y demás. Constituye el medio para saber como se está desarrollando el contrato, es de carácter vinculante y sirve como mecanismo preventivo ya que ante cualquier circunstancia que pueda perjudicar la realización del contrato, por convenio de las partes podían realizarse las modificaciones que fueran necesarias. El segundo, llamado anexo técnico, contiene por su parte todo lo referente a los aspectos técnicos del contrato

Apreciaciones de la demandada:

Para hablar de función del Estado hay que decir que el Estado tiene personalidad jurídica,⁵⁰ a pesar de la existencia de varias teorías como la teoría de la ficción, (que cuenta con el

⁵⁰ Recordemos que la personalidad jurídica es poder actuar jurídicamente por sí misma o por otro.

respaldo de tratadistas como León Duguit y Savigni), la cual afirma que es una persona ficticia creada por el hombre, que es capaz de contraer derechos y obligaciones y que son representados jurídica y legalmente. La teoría de la Realidad, en la cual el Estado es una persona real, capaz de adquirir derechos y obligaciones. Para tratadistas como JELLINEK, el Estado es una unidad, una persona jurídica que actúa por sí misma. Para PORROA PEREZ, el Estado tiene una doble personalidad jurídica y moral, encaminada a la protección del bien común. La existencia de asociaciones que son primarias, comienzan a expandir sus necesidades y relaciones, de los cuales sobresalen intereses colectivos, comenzando a manifestarse la necesidad de organizar y conformar una sociedad mas general, esta sociedad más organizada y encaminada al mantenimiento y protección de los intereses y derechos de la comunidad, es llamada Estado.

La definición de Estado en la doctrina, podía verse reflejada en el concepto dado por el doctor VLADIMIRO NARANJO MESA, en su libro Teoría Constitucional e instituciones políticas, en donde se da en un sentido amplio al concepto de Estado como "un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados, del cual pueden verse contenidos todos sus elementos⁵¹ y de los cuales se derivan sus funciones.⁵²

Las funciones del Estado se encaminan hacia la consecución de unos fines especiales, los cuales son servir a la comunidad, promover la prosperidad, proteger derechos y deberes consagrados a la Constitución, defender la independencia y mantener la integridad territorial. Por el interés del mismo Estado de cumplir con las finalidades para las cuales fue creado, implementa una forma de controlar la efectiva ejecución de la Ley en términos de equidad y efectividad, para lo cual se crea un mecanismo de control, del cual hace parte el Ministerio Público, que tiene como función la vigilancia de las conductas de los funcionarios públicos, así mismo promueve y defiende los derechos humanos y los intereses de la sociedad. El Ministerio Público actúa en este proceso por intermedio del señor Procurador Judicial 50, doctor Luis Uribe Acosta⁵³, el cual se refiere a las funciones

⁵¹ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e instituciones políticas. Séptima edición. Capítulo II. Los elementos del Estado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1.997. pág. 88.

⁵² Acerca de las funciones del Estado surgen dos teorías, la primera en cabeza de ARISTOTELES, (Libro IV Política) el cual afirma que en todas las Constituciones hay tres elementos en los cuales debe; Deliberar, que corresponde al legislativo; Magistrados, corresponde al ejecutivo; y judicial. La segunda en cabeza de MONTESQUIEU, quien en 1.748 dice que la soberanía esta distribuida en varios órganos que se controlan entre sí, que son ejecutivo, legislativo y judicial. Los cuales garantizan la libertad de la persona humana (Teoría de los Pesos y Contrapesos). Este último comete el error de decir; que el poder se divide, ya que como sabemos este es indivisible; se puede graduar, así mismo creía que están totalmente separadas las funciones de las ramas, hoy en día no se pueden separar tan tajantemente, por la complejidad del Estado. NARANJO MESA, Op. cit. págs. 245 a 285.

⁵³ CONSTITUCIÓN NACIONAL "ART. 118. - El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. "

del Ministerio Público de ser un defensor de la legalidad, con miras al interés general⁵⁴, sobre este punto el Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 1.973, manifiesta al respecto "el constituyente menciona simultáneamente, en varias normas, para someterlos a equivalente tratamiento a los jueces y al Ministerio Público como puede leerse por ejemplo en los artículos 159, 161 y 162, sino por que ambos jueces y fiscales, contribuyen a la administración de justicia. Es cierto que la decisión está reservada al juez pero es igualmente verdadero que las partes representadas por sus apoderados y los agentes del Ministerio Público, al cumplir en su órbita la función que le es propia, colabora a la mejor administración de la justicia y ayuda al juez a discernir para que sus providencias contribuyan a asegurar lo justo, que es condición para disfrutar de la libertad individual y alcanzar la paz de los pueblos." Por lo anterior podemos ver que la intervención del señor procurador se encuentra amparada en la legislación, a pesar que sus consideraciones no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal, debido a que no encontró agresiones a los derechos y garantías de la comunidad en la forma y bajo los lineamientos que presenta el señor procurador.

En nuestro concepto, a pesar de considerar que los puntos sobre los que se manifiesta efectivamente no corresponden a agresiones al bien común o al interés general, es importante rescatar que éste organismo con su actuación está cumpliendo con los fines para los cuales fue creado contribuyendo de manera clara también con la finalidad del Estado al cual está representando.

Durante este proceso se presentó la duda sobre la simulación ocurrida en unas declaraciones, por lo cual y devolviéndonos al estudio de esta figura, recordemos que corresponde a; aquel acuerdo de voluntades realizado por las partes, para emitir declaraciones de voluntad concordantes, contrarias a su querer real, con el fin de engañar a terceros. Se encuentra conformada por tres elementos que son la disconformidad consiente entre lo declarado y lo realmente querido, el acuerdo de las partes en producir dicha disconformidad (sino hay acuerdo habrá reticencia y no estipulación) y el engaño a terceros. Los efectos de la simulación pueden ser vistos desde dos puntos de vista: Desde el punto de vista de las partes: en donde prevalece el negocio realmente querido, siempre que sea lícito y válido, cuando es ilícito o inválido se cae por eso y no por la simulación. La prevalencia entre las partes del negocio secreto es una regla constante que se fundamenta en que si se diera valor a las declaraciones externas de voluntad estas podrían emplear la simulación como instrumento para burlar los principios esenciales del ordenamiento jurídico.

⁵⁴ CONSTITUCIÓN NACIONAL "ART. 118. - (...). Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas."
LEY 201 DE 1.995, artículos 53, 54, 82 y 83.

Las partes por supuesto para celebrar el negocio lícito simulado, debieron acordar su celebración, por que de no ser así esta no se configuraría.⁵⁵ Como vemos para que la convocada pueda hablar de simulación debe existir un acuerdo previo entre las mismas, lo cual no se prueba⁵⁶ durante este proceso, y por el contrario queda evidenciado⁵⁷ el tipo de contrato que las partes quieren y celebran, en varias oportunidades y de diversas maneras tales como la propuesta y la oferta que presentan cada una de las partes, las negociaciones acerca de temas como el precio y su forma de determinación, y por supuesto el contrato en donde en su cláusula primera establece el objeto del contrato señalando que corresponde a "regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las Partes desarrollarán conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que permitirá a TELECOM la prestación de los servicios de telecomunicaciones en las Áreas de Servicio especificadas en el Anexo Financiero, de conformidad con el plan de Negocios y las demás condiciones detalladas y acordadas en este Convenio.". También en las pretensiones se evidencia la voluntad de la convocante de haber celebrado un determinado tipo de contrato, manifestando que solicita se declare la naturaleza del contrato, como contrato de asociación a riesgo compartido de conformidad con la Ley 37 de 1.993.⁵⁸

Desde el punto de vista de los terceros: Lo primero que debe determinarse en este punto es si se trata de terceros de buena o mala fe,⁵⁹ ya que si se trata de éstos últimos, la Ley no

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de agosto 26 de 1.980. "No ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones.

(...)

El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno diferente de la simulación"

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de marzo 26 de 1.985. "Atendida la circunstancia de ser la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina, con apoyo en los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha afirmado como indicios reveladores de tal fenómeno el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, (...)"

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de diciembre 5 de 1.975. "Requisitos de la prueba indiciaria de la simulación"

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de abril 1º de 1.993 (Exp. 6033). "Con aplicación del principio de la buena fe, la situación fáctica que se recoge en los hechos de la demanda, y en el alegato presentado por el apoderado de la parte actora, la sala concluye, que ni la administración ni los particulares que con ella contratan, pueden acudir al expediente de la simulación para ningún efecto deseado por ellas, así pueda calificarse, en principio, inocente, pues los entes administrativos no pueden determinar autónomamente sus fines ya que éstos están señalados en el ordenamiento jurídico, lo que lleva a concluir que todo comportamiento negocial que se oriente a la aplicación de la norma general, impersonal y abstracta, para hacer prevalecer la voluntad interna sobre la declarada, no está autorizado. Defender la perspectiva contraria sería hacer nugatorio, en buena parte, el control de la legalidad de la contratación administrativa".

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de julio 7 de 1.983. "Con relación a terceros que desconocen la farsa de los simulantes y por tanto contratan con fundamento en la declaración pública y ostensible, la simulación les es inoponible, como quiera que así lo confirma el artículo 1766 del Código Civil al establecer

ampara su actuación, considerando que su actuación se ajustaba a su querer y por tanto debe asumir las consecuencias de su actuar.⁶⁰ Cuando se trata de terceros de buena fe los negocios de la simulación son válidos siempre y cuando estos no conozcan el pacto secreto, ya que si tienen conocimiento, pueden atacar el negocio aparente y acogerse al contenido del secreto. El tercero de buena fe, que negocie sobre la base de un negocio aparente que parece ser serio, adquiere un derecho legítimo, aun cuando posteriormente sea decretada la simulación.

Para probar la existencia de simulación, debe primero diferenciarse esta figura del fraude a la Ley. El fraude a la Ley no existe un negocio aparente, mientras en la simulación el negocio simulado es aparente, el cual en sí mismo no es ilícito, por el contrario el negocio fraudulento es necesariamente ilícito e implica mala fe, la cual puede consistir en la intención de perjudicar a otro o eludir la aplicación de una Ley imperativa. Luego de esta distinción, volviendo al caso de la prueba de la simulación, debe primero probar las partes la simulación, con un contradocumento de carácter privado, o mediante la confesión de la otra parte. Por su parte los terceros pueden solicitar cualquier medio probatorio que los lleve a determinar esta figura.

Como vemos la simulación por sí misma no es generadora de invalidez en los contratos o de la ineficacia del mismo, ya que este acto no es ilícito de por sí siendo por tanto permitida su realización en las negociaciones que se realicen entre las personas, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, al respecto se refiere la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de mayo 21 de 1.969, en la cual además se expresa "la simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto el aspecto ostensible del acto persigue mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, por que fingir no significa necesariamente dañar." Tocando con el punto de la nulidad, el cual hemos venido evacuando al referirnos en primera medida que de existir simulación (que concluimos que no es así) esta de por sí no genera la nulidad.⁶¹ Respecto a la existencia de un objeto ilícito en el contrato la parte lo deriva de la configuración de la simulación, luego como es lógico al no existir la simulación la afirmación de la parte sobre la existencia de objeto ilícito⁶² por

diáfananamente que las "escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar **lo pactado en la escritura pública, no producirán efectos contra terceros.**"

⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de julio 7 de 1.983. "Ahora bien, a pesar de que el precepto citado simplemente alude a "terceros", sin distinguir entre los que están de buena fe y los que no lo están, lo cierto es que se refiere a los primeros, pues apenas obvio y justo que se les proteja su conducta honesta, porque en su defecto resultarían ser la víctima inocente del fraude de los simulantes."

⁶¹ CODIGO CIVIL, artículo 1740. "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa."

⁶² CODIGO CIVIL, artículo 1741. "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son **nulidades absolutas.**

Hay así mismo **nulidad absoluta** en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce **nulidad relativa**, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

desconocimiento de lo establecido en la Ley 37 de 1.993, se cae también no siendo necesario ahondar más sobre este punto.

En cuanto al Principio de Buena Fe

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional en su artículo 83 " las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. Lo que nos lleva a la necesidad de definir el principio. El principio de buena fe, remitiéndonos al concepto presentado por CARLOS MANUEL RODRIGUEZ SANTOS, en su libro Manual de Derecho Administrativo "Los mandatos de la buena fe enseñan que los actos jurídicos en general deben ser cumplidos con entera lealtad, con intención recta y positiva para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración. En otras palabras, la buena fe significa || que cada cual debe guardar "fidelidad" a la palabra y no defraudar la confianza o abusar de ella ||; supone conducirse como cabría esperar del comerciante honesto.". Esta definición nos presenta un principio que marca una calificación para las partes intervinientes en un contrato estatal de profesionales honestos, cumplidores de los deberes para los cuales contratan, concededores de su oficio, en términos de legalidad, moralidad y beneficio.⁶³ El principio de buena fe se encuentra contenido en las diferentes materias de nuestra legislación, es decir en las relaciones tanto civiles como comerciales, tal como se aprecia en los artículos. 877 C. Co. y 1603 C. C. se refieren a un cumplimiento honesto, leal y ético según la equidad natural de los contratos, tanto en su formación como en su eficacia; este cumplimiento debe estar exento de culpa, es decir, que debe tener diligencia y cuidado en su cumplimiento.⁶⁴ Todo esto como sabemos se encuentra regulado en el Estatuto General de la Contratación, Ley 80 de 1.993, en el cual en artículos como el 29 y el 30, (sin nombrar los referentes a los principios que rigen la contratación, en donde por supuesto esta inmerso el principio)

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de junio 23 de 1.958. "Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre.
(...)

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fe de las personas debe equipararse a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y de equidad"; al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor."

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de mayo 20 de 1.936. "tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones; c) como objeto de protección legal.

Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho."

presentan como es del interés del Estado que para una prestación eficiente y continuada,⁶⁵ las personas a quien delegue la función de contratar, (para el caso, para la ampliación del servicio), tengan las calidades y capacidades suficientes para realizar su encargo de manera ética y conforme a las buenas costumbres.

Como vemos las actuaciones en que se relacione las autoridades del Estado con los particulares se hace necesario, que esta actuación se encuentre fundada en la honestidad, integridad e interpretación de manera honrada y adecuada.

Cuando el Tribunal se refiere al contrato que celebraron los intervinientes, como un contrato de organización, y que como tal cualquier tipo de circunstancia que se presente no debe ser vista desde un inicio como una actuación fruto de la mala fe de una de las partes, sino que debe entrar a determinarse si tal circunstancia se debe al acaecimiento de circunstancias eventuales del contrato, que ocasionan algunas inconsistencias o diferencias en la relación contractual, siendo por tanto tales circunstancias ajenas al actuar con rectitud y lealtad de la parte a quien se le imputa. Al respecto añadimos que partiendo de la base de que se trata de un contrato estatal, de concesión, el cual como antes se mencionó es de carácter especial, según lo contenido en el Estatuto de Contratación de la Administración, y habiendo mencionado que este principio se encuentra contenido tanto en materia civil como comercial y de derecho público,⁶⁶ es lógico que siendo las partes cumplidoras de sus deberes y de los principios de la contratación estatal, desde su formación, no pueda pensarse que alguna no cumpla con unos lineamientos como lo son la lealtad, la honradez y la integridad, por lo cual consideramos que el pronunciamiento del Tribunal es acertado al negar tal pretensión que buscaba establecer una actuación de mala fe de una de las partes.

Error

El error es la falsa apreciación o concepto que una persona tiene de los elementos de un acto jurídico sea unilateral o bilateral, que lo llevan a manifestar su consentimiento. El error puede ser de hecho o de derecho. El último no vicia el consentimiento, conforme a la regla de garantía del orden público, según la cual la ignorancia de la Ley no es excusa. La definición de error y su clasificación se encuentra contenida en la legislación civil, en los artículos 1510 a 1512, del Código Civil.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 242 de 1.997. Pág. 171. "El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado social de derecho (C. P. art., 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud. Dicha prestación debe adelantarse bajo un régimen jurídico determinado por el Legislador (C. P., art., 150 - 23) acorde con las necesidades de la comunidad y dentro de nueva perceptiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los particulares."

⁶⁶ CONSTITUCIÓN NACIONAL "ART. 83. - Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

4.2 LAUDO ARBITRAL DIEGO FERNANDO LONDOÑO Vs CNTV

4.2.1 Síntesis de la demanda La parte demandante DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, actuando mediante apoderado presenta demanda con base en:

Hechos presentados en la demanda:

- En el año de 1.999 se firma entre DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES y LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN el contrato 029, cuyo objeto es utilizar y explotar espacios de televisión en el Canal A, conforme al pliego de condiciones y la propuesta presentada por el primero. La duración del contrato se pactó en seis años improrrogables, y el valor del mismo se pacto en \$1.039.408.124 moneda corriente.
- En 1998 se firma el contrato 155 de 1.998, entre las mismas partes, que tiene por objeto utilizar y explotar espacios de televisión en el Canal A, conforme al pliego de condiciones y la propuesta presentada por el contratista. La duración del contrato se pacto en seis años, de carácter improrrogable. El valor del contrato se pactó por \$5.796.648.689 moneda corriente.
- Para el año de 1.998 se incrementa la competencia en el medio de la Televisión, debido a la entrada en funcionamiento de 15 canales nuevos, que se distribuían a saber de la siguiente manera: dos cadenas privadas, las cuales contaban con cubrimiento nacional, que corresponden a RCN y CARACOL, nueve canales regionales, que son CANAL CAPITAL, TV ANDINA, CITY TV, TELEANTIOQUIA, TELEPACIFICO, TELECARIBE, TELECAFE, TELEMEDALLIN Y TELEORIENTE, el operador de cable TV CABLE, operadores de satélite DIREC TV y SKY y por último tres canales públicos nacionales, que son CANAL A, CANAL 1 Y SEÑAL COLOMBIA.
- Lo anterior sumado al hecho de que el valor de las tarifas fijadas para el pago de los espacios de televisión no sufrieron modificación, genera una crisis respecto de la operación de los concesionarios, quienes en gran partes se ven obligados a devolver los espacios contratados.
- En la demanda se menciona como hecho adicional a los anteriores, la deficiencia en el servicio prestado por INRAVISIÓN lo que hacía que los canales públicos fueran poco competitivos con respecto a los privados, hecho que significaba un incumplimiento por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, incumplimiento que se traduce en aspectos como la eficiencia en la prestación del servicio de este operador público, por falta de modernización y los conflictos laborales del momento.
- Otro hecho mencionado en la demanda es la recesión económica que sufre el país durante éste periodo.
- En la demanda el actor manifiesta que "el Concesionario elevó solicitud a la COMISIÓN, en el sentido que se revisaran algunos aspectos vinculados a las condiciones de ejecución de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, para lo cual solicito (sic) que se tuviera especialmente en cuenta la actual coyuntura que registra el sector de la

televisión, en cuanto a la situación del mercado, que ha registrado una baja significativa del nivel de pautas publicitarias vendidas, así como las tendencias que se advierten en el comportamiento de la audiencia de los espacios públicos de televisión".

- El 3 de mayo de 1.999 se suscribe el Otrosí N 1, en el cual se modifican cláusulas sexta, décima séptima y décima novena de los contratos mencionados en los primeros hechos de la demanda ,.

- Diego Fernando Londoño Reyes manifiesta, el primero de julio de 1.999, su intención de devolver los espacios de televisión contratados, con base en las licitaciones 003 y 010 de 1. 998.

- La Junta Directiva de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, mediante Resolución N. 1019 de fecha primero de octubre de 1.999, acepta la devolución de los espacios por parte del actor, devolución que se hace efectiva a partir del 1 de noviembre del mismo año, terminándose por tanto con los contratos 155 y 029 y ordenándose la liquidación de los mismos.

- El demandante interpone recurso de reposición contra la anterior resolución, sin que este tenga efecto, por lo que a través de la Resolución N. 1169 de noviembre 23 del mismo año, se confirma el contenido de la Resolución recurrida.

- El día 27 de junio del año 2.000 la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, a través de su junta directiva no acepta la formula de pago propuesta por Diego Fernando Londoño Reyes, y ordena la liquidación de los contratos.

- La COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN cita a DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, el día 5 de julio de 2.000, para la realización de las actas de liquidación de los contratos 155 y 029, citación a la que el actor no asiste por no encontrarse en el país.

De las pretensiones presentadas por el actor se rescatan:

En las pretensiones primera y segunda, solicita que se declare; el incumplimiento del contrato 029 por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, y sobre la base de dicho incumplimiento la imposibilidad del actor de ejecutar el contrato, lo que en consecuencia generó la devolución de tales espacios.

En cuanto a las pretensiones tercera a séptima, el demandante solicita que, con base en la declaración de incumplimiento, se ordene el pago de perjuicios a DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, los cuales se estimarán en base al menor ingreso real percibido por el actor, lo cual será determinado por peritos, los cuales mediante examen comprobaran la imposibilidad de continuar el contrato con base en los ingresos reales percibidos. Por lo anterior solicita también la devolución del monto tarifario que fue cobrado en exceso con relación al que realmente debió ser cobrado, con base en el servicio; El pago del ingreso dejado de percibir por concepto de utilidad al demandante con base en el tiempo que debió ejecutarse el contrato y que por la imposibilidad de su ejecución no se realizó; Que en caso de existir pagos pendientes a favor de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN se realice la compensación respectiva con los dineros a pagar al demandante por concepto de perjuicios y en consecuencia se declare que este se encuentra a paz y salvo. En la séptima pretensión se pide la liquidación del contrato 029 así como la de las sumas adeudadas,

mediante la utilización de la figura de la compensación en el evento de existir algún saldo del actor.

En las pretensiones octava y novena se solicita la declaración de incumplimiento del contrato 155 por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por las razones luego expuestas y que como consecuencia de dicho incumplimiento DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES se encontró en la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, por lo que se vio en la obligación hacer la devolución de los espacios contratados.

Respecto de las pretensiones décima a décima cuarta, el demandante solicita se ordene el pago de perjuicios por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, al actor basado en el menor ingreso que recibió el accionante durante la ejecución del contrato, para lo cual se deberá realizar peritazgo mediante el cual se hará la comparación entre los ingresos que se percibían por tal concepto y los que realmente percibió el actor. En base al anterior punto, la devolución del valor tarifario que se cobra en exceso al actor, respecto al servicio realmente ofrecido. El pago de la utilidad que no percibió el demandante por el tiempo de duración del contrato, dada la imposibilidad de ejecución del contrato que generó la devolución de los espacios contratados. La utilización de la compensación para el pago de los eventuales saldos a favor de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, con los perjuicios ocasionados por la entidad al actor, declarándose éste a paz y salvo en sus obligaciones contractuales. La liquidación del contrato 155 de 1.999, con la realización de las compensaciones antes mencionadas.

La parte demandante formula como pretensiones subsidiarias las siguientes:

En la primera y segunda pretensión subsidiaria solicita que se declare que con base en la Ley 182 no se cumple con el nivel de eficiencia exigido, así como tampoco con el cobro tarifario. Que como consecuencia de esto y con fundamento en las pruebas que se aporten y realicen se establezca el verdadero valor que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, debió cobrar al actor sobre la base del servicio que se prestó y lo dispuesto en la Ley.

En la tercera pretensión subsidiaria se solicita que se realice la liquidación de los contratos número 029 y 155 suscritos por las partes, basando tal petición en la tarifa real que debió ser cobrada, solicitando también la realización de pagos, devoluciones y compensaciones a que haya lugar.

4.2.2. Síntesis de la contestación La parte demandada LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Actuando mediante apoderado contesta el 4 de diciembre del año 2.000:

En cuanto a los hechos presentados por el demandante LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, acepta algunos y niega la ocurrencia de otros.

En cuanto a las pretensiones realizadas por DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN se opone a todas y cada una, ya que a consideración de esta el demandante es un contratista "incumplido".

La convocada interpone como excepción previa la que denominó "excepción previa de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento". Con base en:

La ejecutoria de liquidación unilateral de los contratos por medio de actos administrativos, la cual fue realizada en la fecha de la primera Audiencia de Trámite.

La ejecutoria de decisiones unilaterales de admisión de renuncia a los contratos celebrados entre los actuantes DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES y LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, basados en lo contenido en el artículo 17 de la Ley 335 de 1.996

En razón a la naturaleza funcional del Centro de Arbitraje y Conciliación, para la convocada, correspondería la resolución de este proceso a la jurisdicción ordinaria.

4.2.3 Análisis del laudo

"III. CAPITULO TERCERO: DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL"

"A. INSTALACIÓN"

El 30 de mayo de 2.001 se lleva a cabo la audiencia de instalación del proceso arbitral, siendo realizada la primera audiencia de trámite el 27 de junio de 2.001, en la cual el Tribunal decreta su competencia y se decretan las siguientes pruebas

"B. PRUEBAS"

Decretadas de oficio y a petición de parte, se realizan principalmente, las concernientes a peritajes financieros, contables y técnicos, y declaraciones.

"D. CUESTIONES PREVIAS"

Como se mencionó anteriormente la convocada propuso la excepción previa de falta de competencia fundamentándose en los siguientes hechos: (i) la aceptación de la renuncia a

los contratos realizada por el convocante. (ii) Se establecieron nuevas tarifas y alivios de pago y (iii) la liquidación unilateral de los contratos.

El Tribunal mediante acto de fecha 27 de junio de 2.001 rechaza la excepción invocada de falta de competencia.

Este punto es bastante tratado en el proceso debido a su importancia, ya que de éste estudio dependerá el ámbito de intervención del Tribunal. También es bastante tratada esta excepción, ya que se realizan intervenciones importantes, tales como el recurso de reposición, y la solicitud de nulidad.

"1. Falta de competencia del tribunal por encontrarse ejecutoriadas las decisiones unilaterales de liquidación en la fecha de celebración de la primera Audiencia de Trámite."

Para la convocada el Tribunal no es competente ya que la liquidación de los contratos celebrados por las partes del proceso, se realizó a través de acto administrativo, lo que con base en la sentencia de fecha 25 de octubre de 2.000 proferida por La Corte Constitucional y la sentencia de fecha 23 de febrero del mismo año, proferida por el Consejo de Estado, hacía que el Tribunal careciera de competencia para el estudio del caso en cuestión.

Amparándose en estas decisiones la demandada plantea la falta de competencia del Tribunal. Así las cosas se pensaría que el Tribunal es incompetente, sin embargo se ve claramente que el acto administrativo mediante el cual se declara la liquidación de los contratos se produce luego de ser convocada la Comisión Nacional de Televisión, de lo cual se puede concluir que la expedición de los actos se produce con el fin de obstruir la realización del procedimiento contenido en la Cláusula Compromisoria suscrita por las partes, en uso del derecho constitucional consagrado en el artículo 229 de la Constitución Nacional.⁶⁷

En el mismo sentido el Tribunal manifiesta que según la sentencia del Consejo de Estado en su Sala Contencioso Administrativa Sección tercera del 31 de julio de 2.001 (exp. 12793), manifiesta que pueden ser liquidados unilateralmente los contratos por parte de la administración "hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el Juez de (Sic) pronuncie sobre la liquidación del contrato,...".

Cita el Tribunal el concepto emitido por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, del 25 de abril de 2.002 (Rad. 1417), en la cual se hace mención del artículo 1603 del Código Civil, que habla de la buena fe, principio que en el caso estudiado fue violado por la Gobernación del Valle al desconocer el acuerdo celebrado por las partes al demandar la cláusula compromisoria y el acta de acuerdo, pretendiendo que ese simple hecho fuera el medio idóneo para quebrantar el acuerdo contractual.

⁶⁷ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 229. "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de abogado."

El Tribunal se refiere también a que con la admisión y notificación de la demanda arbitral, se trabó la litis, por lo que con base en los artículos 116 y 228 de la Constitución Nacional,⁶⁸ la entidad convocada no tenía competencia para expedir los actos de liquidación que se aducen en este punto, los cuales se traducen en un intento de impedir el derecho fundamental del convocante de acudir a esta vía.

Así mismo el Tribunal cita al Consejo de Estado que en Sentencia de diciembre de 1.989, afirma que la Administración al liquidar el contrato no está ejerciendo su facultad excepcional o exorbitante.

"2. Falta de competencia del Tribunal por encontrarse ejecutoriadas las decisiones "unilaterales" de admisión de la renuncia a los contratos"

El Tribunal considera igualmente improcedente éste fundamento, sobre la base de que la aceptación de la renuncia, no configura una decisión unilateral de la CNTV, ni la determinación de una fecha para la finalización del contrato.

Sobre el último punto el Tribunal señala que la fecha de terminación corresponde a la de la comunicación del actor a la convocada de su renuncia y no a la fecha que unilateralmente decidió la convocada.

El Tribunal para llegar a esta conclusión se basa en que la renuncia es una facultad de los "concesionarios", la cual, por ser facultad no requiere aceptación, por lo que la COMISION NACIONAL DE TELEVISION era incompetente para expedir actos administrativos que decidieran sobre ese punto, más no para expedir aquellos actos que adopten el acuerdo al que hayan llegado las partes, sobre los puntos que se deriven de tal decisión. Esta facultad del contratista se deriva de la Ley 335 de 1.996, que en su artículo 17, dispone que el derecho a la renuncia constituye un derecho subjetivo, para el caso del contratista y en consecuencia es una terminación anticipada del contrato con justa causa.

Al respecto la Corte Constitucional, se ha pronunciado disponiendo que este derecho es un derecho inherente al tipo de contratos de que se habla y se encuentra contenido también en la Ley 680 de 2.001.

"3. Falta de competencia del Tribunal por encontrarse ejecutoriados mediante los cuales se fijaron las "tarifas" de la concesión de espacios de televisión"

La COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, solicita al Tribunal se declare su falta de competencia al encontrarse las resoluciones de fijación de tarifas debidamente ejecutoriadas, según la Ley 335 de 1.996 artículo 5, lit. g.

⁶⁸ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 228. " La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."

El Tribunal no reconoce la viabilidad de tal excepción debido, en primer lugar, a lo contenido en la Constitución Nacional en sus artículos 116 y 230, en donde se da a los árbitros funciones de administración de justicia por lo que su sometimiento es solo a la Ley y buenas costumbres.⁶⁹

Así mismo la Ley 153 de 1.887 artículo 38, consagra:

"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración".

Por otro lado la Ley 182 de 1.995 en su artículo 5, literal g, establece que:

"Los derechos tasa y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per capita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; La participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; .."

El Tribunal hace precisión sobre el término "tarifa de la concesión" indicando que corresponde para el contratista al precio que se establece en el contrato, siendo para el caso que nos ocupa el debido por la explotación del espacio de televisión, en los canales operados por INRAVISIÓN en el tiempo y hora convenidos.

"4. Falta de jurisdicción por la naturaleza de las funciones del Centro de Arbitraje."

La COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, al referirse sobre este aspecto afirma que al encontrarse ejecutoriadas las resoluciones que enumera en sus alegatos, la competencia sería de la Jurisdicción Ordinaria; igualmente afirma que dada la aprobación de los actos mencionados y dadas las funciones del Centro de Arbitraje en materia administrativa, este carecía de competencia.

El Tribunal al respecto manifiesta que la excepción no procede con base en la misma doctrina señalada por la convocada y en especial las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

" 5. Excepción de contrato no cumplido"

⁶⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 116. "(...). Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley." Artículo 230. "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial."

En cuanto a esta excepción el Tribunal decide pronunciarse más adelante por no constituir una excepción previa.

" 6. Objeción al dictamen pericial técnico"

El Tribunal recoge en seis puntos la objeción de la convocada, de lo cual resaltamos;

"Error 1: Sobre las ventajas y desventajas del sistema de emisión de comerciales y programación con que cuenta INRAVISIÓN"

Sobre el concepto acerca de las desventajas que representa para el contratista el sistema de almacenamiento, programación y transporte de señales, la convocada afirma que por el contrario constituye una ventaja tanto para el operador como para el televidente ya que el sistema de "formato análogo (BETACAM S P)" permite guardar la información en él mismo, información consistente en el respaldo y seguridad de la emisión de programas sin que por ello se generen costos adicionales.

"Error 2: Sobre las ventajas y desventajas comparativas entre los sistemas utilizados por Inravisión, Caracol Televisión y RCN Televisión, en lo referente a tecnología."

Para la convocada los sistemas utilizados por los operadores privados no influyen sobre la imagen recibida por el televidente, además se refieren a la adecuación de la planta física de las instalaciones de INRAVISIÓN, realizada para ubicar los equipos modularmente y finalmente se refiere a la omisión de los peritos en cuanto a la utilización de los operadores privados del sistema "automático (robot)" y del sistema BETACAM, éste último utilizado con frecuencia.

"Error 3: Sobre las ventajas y desventajas del sistema de transporte satelital con que cuenta Inravisión"

La convocada afirma que los peritos desconocen el funcionamiento de la operación de INRAVISIÓN desde el punto de vista técnico, por lo que consideran desventajas el no tener doble receptor satelital, la "codificación propietaria" del sistema de comprensión en banda C, los amplificadores de tubo y la posible pérdida de calidad de señal por la multiplexación y utilización de comprensión estática.

Afirma la CNTV que en la ciudad de Bogotá se cuenta el 60% del mercado respecto de canales de televisión, la cual es análoga y no tiene comprensión, por lo que no se realiza la conversión análogo - digital, (la señal es análoga). Afirma que ese respaldo aunque aumenta los costos, no afecta al usuario desfavorablemente ya que lo que obtiene es una emisión asegurada.

Aclara también que sobre la base del contrato 051 y 053 de 1.999, se cambian los amplificadores de tubos siendo ahora respaldo de sistema y no principal, el sistema cuenta

con un doble respaldo ya que cuenta con dos bandas y tiene transmisión por vía microondas, comparándolo con un canal privado como RCN que cuenta con un solo sistema y no tiene respaldo.

"Error 4: En relación con la evaluación técnica comparativa entre los tres sistemas de transporte satelital."

Ya que los costos de la operación que soporta INRAVISIÓN no influyen en la calidad de la imagen recibida por el usuario, estos no pueden ser tomados en cuenta como factor de medición.

Así mismo se refieren a la utilización del sistema análogo de microondas, que posee, siendo de buena calidad, el cual es utilizado como respaldo del sistema satelital (menos Manjui) y que es utilizado por INRAVISIÓN y no por los operadores privados quienes ni siquiera cuentan con las autorizaciones para su uso.

Y por último hacen referencia a que los operadores públicos y privados utilizan el sistema de comprensión satelital.

"Error 5: con relación al uso de las bandas C y Ku utilizadas por Inravisión y las utilizadas por Caracol y RCN Televisión y las ventajas y desventajas de los mismos."

A este respecto dice que el procedimiento utilizado por INRAVISIÓN es más seguro que los operadores privados (particularmente RCN) ya que este cuenta con un sistema de microondas y con bandas C y Ku como sistemas de apoyo, a diferencia de las privadas que no tienen el sistema de microondas como apoyo y solo cuentan con la banda C, que es a consideración de los peritos mejor que la Ku, pero no por esto se afecta la calidad del servicio de INRAVISIÓN.

"Error 6: La falta de respuesta de los peritos en relación con la capacidad de Inravisión en los sistemas de protección eléctricos."

En cuanto al sexto error, afirma la convocada que el informe sobre los sistemas de protección, el soporte técnico que es instalado tanto en la sede principal como en sus estaciones de transmisión, es un error y presenta puntos relevantes de este tema referidos a; las medidas para el servicio de energía permanente, los sistemas de protección contra las descargas atmosféricas y eléctricas, los sistemas de estabilidad de la energía, la calidad y protección tanto a su personal como al equipo. Se respalda en el documento que el subdirector técnico operativo de la convocada realizó el 12 de marzo de 2.002, en el que rescata los puntos básicos del tema, por el carácter técnico del documento solo haremos mención de algunos apartes que contiene:

Respecto de los centros de emisión "(objetivo, funcionamiento del sistema, programas, comerciales y emisión)"; en el cual se concluye que la diferencia entre los operadores privados e INRAVISIÓN radica en:

- Calidad técnica y de contenido de programación de las programadoras.
- Estrategias comerciales para sintonía.
- Conocimiento de los otros operadores sobre las fallas que se pueden presentar de la unión de espacios de concesionarios.

Otro punto que toca es el referente a la utilización de uno o más sistemas de transporte de señal, en el cual se indica que INRAVISIÓN utiliza dos sistemas; el satelital y el de microondas como respaldo.

El punto correspondiente a la calidad y cobertura de señal está relacionado con el punto materia de controversia al presente procedimiento arbitral. De este punto se destaca las siguientes afirmaciones:

La intervención de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, para garantizar que las redes privadas y públicas nacionales y locales (regionales) tenga el mínimo de interferencia posible.

La asignación a INRAVISIÓN de frecuencias con uso de bandas VHF de mejor nivel que los canales nuevos.

El fortalecimiento del servicio para un número mayor de habitantes mediante la reposición de la red.

Sobre los transmisores, el Tribunal se refiere al Plan de Ajuste (contrato 151/98) que adelantó la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN como prueba y que se refiere a puntos ya mencionados como:

Los transmisores para recibir directamente la señal del satélite por bandas C o Ku, siendo en la actualidad de igual calidad la señal de INRAVISIÓN a la de los canales privados.

El documento igualmente se refiere a la utilización de las mismas formas de medición de sintonía para el cobro de las tarifas de los comerciales.

Lo que en palabras del Plan significa, que la obtención de transmisores de diferentes potencias, en remplazo de aquellos que habían cumplido su ciclo significan; "Todo ese esfuerzo significa una mejoría tecnológica muy importante y una capacidad para responder a retos de competitividad comercial. Es necesario aclarar que estas estaciones también cuentan con el sistema de off set de precisión con el fin de evitar al máximo las interferencias".

Otro punto que se toma en el Plan antes mencionado, es el relativo a los fines perseguidos por los canales, distinguiendo que los canales privados siguen un fin comercial, mientras que el fin de INRAVISIÓN es "público y social" cubriendo por tanto zonas con baja

densidad poblacional que implican un alto costo de operación, respecto de su sostenimiento e implantación, aunque no retribuyan el valor de la inversión.

Respecto a las inversiones de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, el informe habla del Sistema de Sincronización, que se utiliza en los canales públicos y privados, evitando interferencias de estos canales con otros adyacentes o "cocanales". Así mismo menciona la inversión que se realiza para mejorar la utilización de la banda Ku mencionada anteriormente, para permitir otra redundancia en la red.

Las anteriores puntos invocados por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, son el centro de su objeción por error grave del peritazgo.

"6.1 Consideraciones sobre la objeción por error grave"

El Tribunal hace una precisión al indicar que para hablarse de error grave del peritaje, debe adolecer de vicios relevantes y de tal magnitud que afecten las afirmaciones finales del mismo. En consideración del Tribunal, este examen realizado con base en criterios técnicos y conceptuales sobre las calidades y prestación del servicio de los canales públicos y privados, no adolece de un error grave, y en consideración del Tribunal, de hacerse nuevamente en base a los mismos puntos, las conclusiones serían las mismas, o por lo menos muy similares.

Aclara también que este examen con pruebas como el estudio del Centro de Consultoría, serán tenidos en cuenta en conjunto por el Tribunal y que para la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, el mayor costo no está sometido a discusión.

Respecto al problema suscitado por el Plan de Ajuste, el Tribunal no lo considerará, ya que hace poco tiempo terminó su desarrollo y por esa razón sus beneficios se presentan recientemente.

El Tribunal muestra su preocupación en cuanto a la confiabilidad del servicio, en base a la información recibida por algunos altos funcionarios de TELECOM.

"IV. CAPÍTULO CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL"

"A. NATURALEZA JURIDICA, CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE LOS CONCESIONARIOS DE TELEVISION Y EL ESTADO CONCEDENTE"

EL Tribunal considera necesaria la determinación de la naturaleza, contenido y alcance de los contratos firmados entre la CNTV y DFL, así como la determinación de su existencia, su configuración como contratos estatales, para lo cual hará uso de las herramientas legales

existentes para regular la materia. Para este estudio se realizará un resumen de lo más relevante de cada una de las consideraciones.

"1. La televisión: de una actividad económica reservada por el Estado a un servicio público a cargo del Estado y prestado por este - directa o indirectamente -. La Concesión como modalidad para su explotación o prestación."

En un estudio sobre la evolución de las comunicaciones y la televisión, encontramos la creación de la Ley 198 de 1.936, la cual establece con base en la teoría clásica del servicio público, que las telecomunicaciones serán prestadas por el Estado exclusivamente o por las personas a quien se conceda su prestación, ya sean naturales o jurídicas.

La Ley 6 de 1.943, autoriza luego al Gobierno para que estos servicios de telecomunicaciones sean nacionalizados.

En el año de 1.954, durante la presidencia de Gustavo Rojas Pinilla comienza a regularse lo referente a la televisión mediante la creación de la Oficina de Información y Prensa de la Oficina de la Presidencia de la República.

"1.1. El régimen contenido en los Decretos 3418 de 1954 y 3627 de 1963."

Con el Decreto 3418 de 1.954, se regula todo lo concerniente a los servicios derivados de las comunicaciones, se señala como propietario de los canales radio eléctricos de Colombia al Estado para la utilización de las telecomunicaciones. Se definen las telecomunicaciones y se determina como un servicio público prestado por el Estado el cual puede también "conceder su explotación".

En 1.957, se expide el Estatuto Básico de las Telecomunicaciones, en el cual se incluye a la televisión. Este Estatuto contempla la opción de arriendo de espacios para financiar el servicio, con lo cual comienza a pactarse su prestación conjunta, y se reafirma al Estado como propietario de los canales radio eléctricos.

En 1.959, con base a lo anterior, se comienzan a realizar contratos de explotación de carácter especial, con personas y empresas del sector privado, dando un paso fundamental en la comercialización del servicio.

El Decreto 3627 de 1.963, crea el Instituto de Radio y Televisión (INRAVISIÓN), al cual se le dan facultades para conceder espacios de televisión en la modalidad de arriendo.

Para 1.972 se inicia la denominada "revolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones" gracias al menor precio de los componentes y mayor potencia de los mismos, la disminución de los costos de transmisión, el aumento de la comunicación digital, el avance en la tecnología y la ciencia, todo esto debido a que las telecomunicaciones ya no se ven como un "monopolio natural", presentándose con esto una

competencia en el sector. Más adelante, comienza a aumentar la participación privada en el sector, configurándose así una prestación mixta del servicio.

A partir de estos sucesos surge el interés por la creación de medidas que garanticen el derecho a la competencia, el interés por la expedición de normas que regulen aspectos como la prestación, inspección, control y demás aspectos del servicio, interés por dar al sector privado la posibilidad de suministrar infraestructura y prestar el servicio de comunicaciones, promoviéndose así el uso de nueva tecnología.

"En este orden de ideas se tuvo claro que el acceso a los servicios aumenta en los mercados en los que impera la competencia y de la misma manera, que el incremento del acceso se produce de manera más rápida cuando el Estado alienta la intervención de nuevos proveedores. Este enfoque también ha acompañado el desarrollo del servicio de la televisión"

"1.2. Los contratos de concesión de espacios de televisión regulados por el Decreto 222 de 1983:"

En sus artículos 202 a 207, este Decreto regula lo concerniente a la celebración de contratos de concesión con particulares, para utilizar los espacios de televisión en los canales públicos. Estos contratos deben ejecutarse conforme a lo establecido por el Ministerio de Comunicaciones, y su configuración respecto de horario y programación, se encuentra sujeto a lo fijado por INRAVISIÓN.

Dichos contratos tienen por objeto:

" difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población, preservar y enaltecer las tradiciones nacionales; favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional".

En cuanto la forma y criterios bajo los cuales se realizan estos contratos, el Estatuto de Contratación dispone que deben celebrarse solamente con nacionales, y adjudicados por medio de licitación pública, mediante resolución motivada, teniendo en consideración (i) la calidad y contenido de programas, (ii) la capacidad financiera, técnica y profesional del licitante y su personal y (iii) su capacidad operativa y de cumplimiento del contrato.

El término que se establece para el contrato, es de cuatro años no prorrogables y el órgano encargado de fijar las tarifas de estas concesiones es INRAVISIÓN, las tarifas se deben encontrar en los pliegos de condiciones.

"1.3 La regulación de la televisión contenida en la Ley 42 de 1.985."

Esta ley enfatiza lo ya estipulado de la propiedad del Estado sobre los canales radio eléctricos, utilizados en materia de telecomunicaciones, siendo él el encargado de la prestación del servicio en materia de telecomunicaciones.

En lo referente a INRAVISIÓN, esta ley contempla su transformación en un organismo ideal para el desarrollo y administración del servicio público de televisión, basado en criterios objetivos, profesionales e imparciales para satisfacer las necesidades del conglomerado. Otra de las actividades de INRAVISIÓN según la Ley 42 de 1.985 es la celebración con los particulares de contratos de concesión de espacios de televisión.

Esta ley se refiere también a que el Consejo Nacional de Televisión,⁷⁰ sería el ente encargado de dirigir el servicio de televisión. Las funciones de este ente eran las siguientes: Establecer la clasificación de espacios, horarios y tarifas de programación, establecer los criterios de adjudicación de espacios, a sí como sus modalidades y porcentajes de acuerdo con su genero, definir la proporción de programas de carácter nacional o internacional en cada horario y encargarse de la calidad del servicio y la aprobación del régimen tarifario.

Esta reforma a INRAVISIÓN se basa en la garantía de que el sector sea manejado objetivamente sin intereses de ninguna especie que afecten el servicio, su manejo o tecnología, ampliar el margen de participación de diferentes sectores de la comunidad nacional para mejorar la prestación del servicio y contribuir al mantenimiento de la democracia y del interés general.

Esta ley mantiene la conformación de un sistema mixto del servicio, por un lado *público* mediante la consagración de la propiedad exclusiva del Estado de los canales radio eléctricos y por otro, *particular* en cuanto a la prestación del servicio mediante un proceso licitatorio de adjudicación de contratos de concesión de espacios.

"1.4 El Régimen General de las Telecomunicaciones en la Ley 72 de 1989 y los Decretos 1900, 1901, 1902 y 1903 de 1991 y su alcance según la jurisprudencia constitucional."

Debido a la internacionalización de la economía y la globalización, se generan cambios que tienen incidencia en materia jurídica, razón por la cual se expide la Ley 72 de 1989, que imprime un punto importante en materia de telecomunicaciones, el cual corresponde a la definición de los principios y puntos de referencia del sector de las telecomunicaciones en Colombia.

Esta ley reitera la propiedad de los canales por parte del Estado, así como la definición de este sector como servicio público, prestado directa o indirectamente por el Estado a través de concesiones, conservando su dirección. Las concesiones son otorgadas por medio de contratos o licencias, que generan pagos por concepto de tarifas, fijados por el Ministerio de Comunicación, INRAVISIÓN o los Órganos Regionales de Televisión. Se reafirma también que el primero es el encargado de autorizar todo lo referente a explotación, uso, modificación, y demás aspectos relacionados con el sector.

Por último puede resaltarse como la Ley confiere al Presidente de la República el uso de facultades extraordinarias durante ocho meses para la expedición de decretos, los cuales se

⁷⁰ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación. 2 de agosto de 2.002. Folio 34. La conformación del Consejo se estableció con la participación de "representantes del Gobierno - los cuales no tendrían una mayoría decisoria -, del Congreso de la República, de los gremio y sectores vinculados directamente a la actividad de televisión, y representantes de la comunidad."

materializan en los Decretos 1.900, 1.901, 1.902 y 1.903 de 1.991, en los cuales se establece principalmente (i) la adopción de una política general para las telecomunicaciones en el país, (ii) el establecimiento de parámetros para realizar la actividad, (iii) la determinación de los servicios que presta el sector y (iv) se fijan tanto las funciones como la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones y otras entidades vinculadas a éste.

"1.5 La regulación especial de la televisión por la Ley 14 de 1991."

Esta ley reafirma al sector de las telecomunicaciones como servicio público prestado por el Estado, ya sea directamente o por medio del sistema mixto (privado - público). Sobre esta Ley en el laudo se rescata lo correspondiente a la utilización y prestación del servicio directa o indirectamente de los espacios de televisión, la explotación temporal del sector por medio de contratos con personas naturales o jurídicas, el control por parte del Ministerio de Comunicaciones de los espacios y su utilización, igualmente se refiere a la función reglamentadora de los espacios y su utilización, en cabeza del Consejo Nacional de Televisión.

"1.6 Las previsiones contenidas en la Constitución Política de 1991"

Luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, se hace necesario realizar una nueva regulación del sector de las telecomunicaciones, ya que las disposiciones normativas contenidas en la Constitución cambian las condiciones de realización y prestación de éste servicio.

Los principales aportes de la Constitución de 1991 son:

- La actividad económica, como la iniciativa privada son libres, sin necesidad de que medie autorización legal o requisitos adicionales siempre que se respete el bien común, siendo el Estado el encargado de garantizar tal libertad.

- Se consagra como derecho de todos la libre competencia y deber del Estado de evitar situaciones que atenten contra ella como lo es la posición dominante del mercado .⁷¹

⁷¹ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

- También determina que el Estado debe propender una prestación eficiente de los servicios públicos en todo el territorio ya sea mediante una prestación directa o indirecta, manteniendo el Estado su regulación.⁷²

En materia de telecomunicaciones, la Constitución se refiere a que el espectro electromagnético es un bien público conforme a la Ley.

Se crea Constitucionalmente la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, como organismo de derecho público con personería jurídica propia y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, definiéndose las funciones de esta entidad, en la Constitución Nacional.⁷³

"1.7 La concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones en la Ley 80 de 1993 y la remisión a las leyes especiales que regulan de manera especial los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión."

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula en sus artículos 32 y ss. Lo referente al contrato de concesión en general y, lo que de ese contrato se refiere al sector de las telecomunicaciones.

"1.8 La Ley 182 de 1995"

La Ley 182 de 1995 se refiere nuevamente a la determinación de las telecomunicaciones como un servicio público que se encuentra bajo potestad del Estado, siendo su titular y encargado del control y regulación principalmente. Se refiere también a los sistemas de prestación del servicio tanto directa como indirectamente, por concesión celebrada con personas privadas, entidades públicas o comunidades, todo esto conforme a lo contenido en el artículo 365 de la Constitución Nacional.

Determina también lo concerniente a la democratización y acceso a los servicios de telecomunicaciones, realiza la promoción del sector, la conformación de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, establece la forma en que han de realizarse las contrataciones y consagra la prestación libre y legal de la competencia.

⁷² CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 365. "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.. (...)"

⁷³ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 76. "La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que se hace referencia en el inciso anterior."

Otro punto para resaltar de la mencionada Ley, es su artículo 35, en el cual se definen los operadores.

Esta Ley define también lo correspondiente con la concesión, su definición general, las autorizaciones requeridas y demás que se encuentra contenido en su artículo 46.

En cuanto a los contratos que en virtud de ella se realizan, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 711 de 1.996, haciendo referencia a lo contenido en la doctrina sobre el objeto de la concesión, afirma que el contrato de concesión es "otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que este satisfaga, inmediata, y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente."

"la diferencia de procedimiento encuentra justificación en la obligación que tiene el Estado de promover y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos que son de su interés y específicamente en la prestación de los servicios públicos..."

En cuanto a la forma en que se otorga, los sujetos intervinientes y las relaciones que del contrato se derivan, la misma Corte en la Sentencia C - 350 de 1.997, se refiere a que "en el caso colombiano, la adjudicación de espacios para la prestación del servicio público de la televisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 182 de 1995, se efectuará a través de contratos de concesión;..."

Más adelante la mencionada sentencia al hacer referencia en cuanto a los sujetos que intervienen manifiesta que "... son: el concedente, que es quien otorga la concesión, que siempre habrá de ser una persona pública; el concesionario, que es a quien se le otorga la concesión que puede ser una persona privada, pública, natural o jurídica; y los usuarios en cuyo beneficio se otorga la concesión."

Acerca de las relaciones jurídicas manifiesta la Corte que se establecen entre el concedente y el concesionario, derivado del vínculo contractual que realizan con el Estado, de lo que se deriva que cualquier conflicto en virtud del contrato se dirime ante la jurisdicción contencioso administrativa. También habla de la relación que se genera entre el concesionario y el usuario, estableciendo que si la prestación se refiere a un servicio público de carácter obligatorio esta relación es reglamentaria y si es de carácter facultativo, será de naturaleza contractual. Sobre las relaciones del concesionario con su personal se llevan ante la jurisdicción ordinaria por su carácter privado.

La Ley 182 de 1.995, se refiere a dos puntos que vale la pena presentar, el primero; respecto de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, a la cual le concede la titularidad del servicio de televisión como representante del Estado, para lo cual desarrolla

actividades como la fijación y dirección de políticas para el sector, el desarrollo de planes y programas del servicio, su regulación, dirección y control. Igualmente fija sus funciones y las de su Junta Directiva, haciendo mención sobre la obligación de ésta entidad de realizar el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para TELECOM y los Planes de Utilización de Frecuencias.

En segundo lugar se refiere al espectro electromagnético, bien que utiliza el servicio de televisión, siendo la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, la encargada de dirigir y controlar su uso, para con esto garantizar el derecho a la competencia, la participación y la eficiencia en la prestación del servicio.

En cuanto a INRAVISIÓN, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, pasaría a ser una empresa industrial y comercial del Estado, conformada por la Nación, el Ministerio de Comunicaciones, TELECOM y COLCULTURA.

"1.9 Las modificaciones introducidas por Ley 335 de 1996"

La Ley 335 de 1996 como se menciona en el laudo; "introdujo cambios a los contratos de concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública, prohibió la prorroga de las que estaban vigentes y amplió el área de cubrimiento para la televisión de operación privada que antes se había previsto fuera de carácter zonal y paso a ser de carácter nacional, al tiempo que dicto otras disposiciones." ⁷⁴

Por lo anterior esta ley dispone que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN es la encargada de imponer las condiciones, requisitos y demás aspectos relacionados con la prestación del servicio a quienes aspiren a ser concesionarios de los espacios del servicio de televisión, respetando para esto los contratos ya realizados en razón a los términos estipulados pero negando la posibilidad de prorroga que estuviera contenida.

Otro cambio importante que introduce esta ley es la prestación doble del servicio operadores públicos y privados, de carácter nacional, regional, local y comunitario.

Respecto de INRAVISIÓN afirma la ley que mantiene su carácter de empresa industrial y comercial del Estado, su conformación y objeto, determinando la conformación de su patrimonio.

Esta ley contiene también lo referente a la reorganización de la utilización del espectro electromagnético, indicando que la encargada de tal reorganización es la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, quien podrá introducir cambios dentro de las bandas VHF, teniendo en cuenta que no se desmejoren las condiciones con que contaban los oferentes antes de la entrada en vigor de ésta norma. Sobre este tema la Sentencia C - 445 de 18 de septiembre de 1.997 de la Corte Constitucional, señaló que con base en lo anterior, aquellos

⁷⁴ Texto tomado de: Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Op. cit. Folio 56.

concesionarios pueden recurrir a la terminación anticipada del contrato y renunciar a la concesión realizada sin que por ello se genere derecho a indemnización.

La Sentencia C - 200 de mayo 13 de 1.998 de la Corte Constitucional, se refiere también a que esta facultad de los concesionarios no es una excepción a la reparación de perjuicios contenida en la Ley, refiriéndose a que si se deriva de esta renuncia un daño, el cual es acreditado por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, debe repararse por su ocurrencia.

Otro punto para rescatar de esta Sentencia, es sobre el principio de eficiencia y coordinación en la prestación del servicio de televisión indicando que la continuidad no solo puede predicarse de la administración, sino también del concesionario (cuando el concesionario renuncia y la administración acepta se conforma una resiliación). Respecto de la renuncia hace referencia a que no da derecho tal actuación a los concesionarios, a reclamar la tarifa anual que se cobra anticipada por el uso del espectro electromagnético, lo que significa, que no tiene por que afectarse el ingreso de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN .

"1. 10 La crisis económica de la televisión y la Ley 680 de 2001"

La televisión colombiana a partir del año 1.998, sufre grandes cambios, tanto positivos como negativos. Como cambios positivos podemos mencionar la ampliación del servicio y los adelantos en el ámbito técnico y científico; como cambios negativos tenemos que es una época de crisis económica, de disminución de la inversión en publicidad y los problemas de algunos concesionarios que los obligaba a terminar de manera anticipada el contrato. Todo esto crea la necesidad de tomar medidas por el Estado para resolver tal situación, por lo que se expide la Ley 680, con la que se pretende dar una solución jurídica a tales inconvenientes.

Dentro de las modificaciones más importantes introducidas por esta Ley, tenemos la autorización de aumentar la participación de capital extranjero en las sociedades concesionarias de un 15 a un 40%, la autorización a los concesionarios que no tuvieran participación accionaria en los canales privados para su fusión, conformación de consorcios o nuevas personas jurídicas que pudieran absorber las concesiones de sus socios, el mantenimiento de equivalencia de obligaciones y derechos en contratos estatales y el otorgamiento de facultades tanto a la CNTV como a las Juntas Administradoras de los canales regionales, para que dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la mencionada ley revisara, modificara y reestructurara los contratos vigentes con los operadores.

"1.11 El espectro radioeléctrico y su uso para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y en particular para la prestación del servicio público de televisión."

El Tribunal hace la claridad que en materia de televisión se utiliza solamente el espectro radioeléctrico y no como comúnmente se piensa el electromagnético. Sobre esto, el Tribunal cita el artículo 75 de la Constitución Nacional, en el cual se define como un bien público, inalienable e imprescriptible, bien que se encuentra en cabeza del Estado quien se encarga de su dirección y control. Este bien público puede ser usado conforme a la Ley y la administración, que es la que fija los patrones para tal uso (licencias, autorizaciones o concesiones).

En el laudo también se hace mención a la concesión como el contrato del Estado utilizado como medio para la operación y explotación de este servicio mediante el uso del espectro radioeléctrico.

"1.12 Naturaleza conmutativa o aleatoria de los contratos:"

Los contratos referidos en los hechos de la demanda son contratos estatales que en opinión del Tribunal son de carácter conmutativo; lo que conforme al artículo 1498 del Código Civil, implica que debe haber una equivalencia prestacional entre las partes, lo que en derecho administrativo se conoce como "ecuación contractual", con lo que se pretende no una igualdad formal, sino un equilibrio entre las partes.

A juicio del Tribunal es claro que el Contrato celebrado entre DFL y la CNTV era un contrato conmutativo en virtud del cual el primero esperaba una equivalencia entre el precio pagado y los derechos inherentes por el uso adecuado del espacio de televisión adjudicado.

"1.13 Conclusiones relativas a la naturaleza de los contratos"

Los contratos 029 y 155, son contratos estatales de concesión de espacios de televisión, en un canal nacional de operación pública. Estos contratos tienen por objeto, la explotación económica del servicio de televisión en el ámbito nacional en un canal de operación pública, a cambio de un precio determinado por la Ley. El precio no incluye una rentabilidad determinada por la realización de la actividad, aunque si se considera para su celebración los beneficios y la audiencia potencial.

Los contratos que nos ocupan se estipulan con una duración de seis años, sin que exista la opción de prórroga.

Para el Tribunal estos contratos de concesión son de carácter "especial" ya que tiene conceptos, principios y reglas diferentes a los demás contratos de concesión (como se aprecia en la aplicación a tales contratos de la Ley 80 de 1.993). Los intervinientes en estos contratos son la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN como concedente y DIEGO FERNANDO LONDOÑO como concesionario. Por último precisa el Tribunal que son contratos onerosos y conmutativos.

"B. NATURALEZA DEL PROCESO"

Luego de un minucioso estudio el Tribunal establece que el presente corresponde a un proceso de arbitraje, a pesar de ser un contrato estatal de concesión por lo que en principio estaría sujeto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 87 Código Contencioso Administrativo). Sin embargo debido que se pactó la cláusula compromisoria según lo dispuesto por la Ley 80 de 1.993, y que de acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se está dentro de los plazos fijados para realización de este proceso, considera el Tribunal que es competente para actuar, siendo por tal razón procedente el proceso de arbitramento.

"C. LAS PARTES. SU CONDICIÓN "PROFESIONAL" Y LA INCIDENCIA EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL"

El Tribunal considera que las partes de este contrato deben tener una condición de profesionales que se demuestre en una gran responsabilidad, confiabilidad y por supuesto conocimiento debido del servicio que se contrata.

El Tribunal también menciona amparado en la jurisprudencia, que este profesionalismo debe ser aplicado sin distinciones, tanto para operadores públicos como para los privados y a los concesionarios de estos espacios, aunque su dimensión sea diferente.⁷⁵ El profesionalismo se refleja en todas las actividades realizadas como en las de producir, programar y comercializar.

Para el caso materia de estudio, a las partes se les equipara su nivel de profesionalismo en cuanto a la gestión realizada en el canal, en los aspectos correspondientes a la toma de medidas por las partes para hacer más competente el canal.

Se destaca la obligación para DIEGO FERNANDO LONDOÑO de colaboración con la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN; para esta última se destaca su obligación en la toma de medidas necesarias para hacer más competente el operador, para lo que debe entre otras cosas seleccionar los concesionarios de manera objetiva, exigiendo un nivel profesional, controlar, regular y vigilar el servicio, colaborar con el contratista, y responder, sin perjuicio de no ser exigible también al infractor, por las faltas debido a una mala escogencia del contratista que deriven en una deficiente operación y gestión.

La Responsabilidad de DIEGO FERNANDO LONDOÑO también correspondía a la de un profesional, sin embargo en virtud del principio de la confianza legítima, era claro que en caso de que la entrada en funcionamiento de los canales privados le causara algún perjuicio la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN debía intervenir oportunamente con el fin

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C - 093 del 7 de marzo de 1.996.

de asegurar el mantenimiento de la "audiencia potencial" y beneficios derivados del contrato.

En el laudo se hace referencia a lo que la doctrina ha señalado como cargas, de lo cual rescatamos;

"Entiéndase carga una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de varios que excitaban al sujeto."⁷⁶

Sobre lo anterior, el Tribunal hace referencia a las cargas más importantes contempladas por los tratadistas las cuales son; la legalidad, claridad, precisión, sagacidad y corrección.

Con respecto a lo anterior y aplicándolo a este caso, el Tribunal señala que la carga de sagacidad exigida a DIEGO FERNANDO LONDOÑO, antes de la contratación consistía en analizar los pliegos de condiciones y el precio a pagar. Por su parte la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN debía estar atenta a los cambios en el mercado, sin que fuera necesario que los concesionarios le señalaran las vías para afrontar los cambios adoptados por la competencia, y sin necesidad de pedir autorización.

El Tribunal trata otro punto que es el conocimiento anticipado que las partes tenían de los cambios que se producirían con la vigencia de la Ley 335 de 1.996, con lo que se daba al país una normatividad encaminada a la libre competencia, por lo que era claro que como profesional DIEGO FERNANDO LONDOÑO tenía la obligación de colaborar en la prestación del servicio.

Es claro para el Tribunal que en virtud del principio de buena fe, que rige todos los contratos, era de esperarse que la CNTV hiciera un ajuste en las tarifas una vez entraran en funcionamiento los canales privados, teniendo en cuenta que los ratings sufrirían cambios.

"D. LA RESPONSABILIDAD EN RELACIONES CONTRACTUALES ESTATALES"

Al analizar este punto, el Tribunal precisa su posición con respecto a la responsabilidad contractual del estado, señalando que este aspecto involucra la noción de "daño antijurídico", como la fuente sobre la cual se establece la reparación de los perjuicios que sufran las personas involucradas en una relación con el Estado, bien sea en el ámbito contractual como el extracontractual. La Corte Constitucional en la Sentencia C - 333 de agosto de 1.996, se pronuncia al respecto indicando que la definición de este daño hace

⁷⁶ HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil Obligaciones. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1.969. pág. 180. Citado en el Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Op. cit. Folio 77.

parte de los principios y valores que se promueven en un Estado Social de Derecho⁷⁷ y que corresponde al Estado mantener el equilibrio económico en los contratos que celebre, para proteger el patrimonio de los particulares, resarcido cualquier perjuicio que pueda causarle al particular.

A este respecto la Ley 446 de 1.998, establece en su artículo 16, que los daños causados a las personas deberán ser valorados teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad.

Sobre el caso que nos ocupa y debido a que los concesionarios no cuentan con capacidad decisoria en el manejo general ni administrativo, DIEGO FERNANDO LONDOÑO como comerciante, sufrió un daño por el servicio que prestaba sin que éste haya sido causado por su culpa, ya que eran las entidades del Estado las encargadas de tomar medidas oportunas para enfrentar los cambios en el sector, medidas que debieron ser reflejadas en el cambio de tarifas y obligaciones para los contratistas. Dichas medidas no fueron tomadas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por lo que el contratista hace uso de la facultad jurisprudencial, en virtud de la cual tiene la facultad de renunciar al contrato.

El Tribunal ya en materia de daño llama la atención sobre dos puntos; (i) el daño probado y (ii) el daño reparable. Del primero nos dice el Tribunal, que entre otros debe derivarse de una acción u omisión del Estado o por la imposición de condiciones que el contratista no está obligado a soportar. Del segundo dice que se fundamenta en la Constitución Nacional (art. 1, 13, 90 y 91) y el Código Civil (art. 1616 y 1617), afirmando que este daño corresponde a aquel que puede ser apreciable en materia económica e individualizable, siendo por tanto no reparable los daños eventuales o fruto de especulaciones sobre su existencia. Finalmente concluye ésta autoridad que para que el contratista pueda ser indemnizado, debe probar el daño y que fue causa de la acción, omisión o negligencia de la contratante, probándose así "la existencia real y efectiva" del perjuicio. Para su valoración debe acudir a las definiciones de daño emergente y lucro cesante; el primero, se refiere a una merma del patrimonio del concesionario por las actuaciones de la entidad antes mencionada y; el segundo, a aquel monto que no recibe el contratista debido a las mismas causas.⁷⁸

El Tribunal señala dos inquietudes importantes, la primera cuales serían los daños que DFL estaba obligado a soportar, interrogante que responde al señalar que el concesionario está obligado a soportar los daños derivadas de su negligencia, impericia o exceso de confianza.

⁷⁷ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Ibid. Folio 80.

⁷⁸ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Ibid. Folio 84.

Y a la pregunta respecto a cuales son obligaciones que DFL no estaba obligado a soportar, a lo cual el Tribunal responde diciendo que las derivadas de la acción, omisión, negligencia de la CNTV que le generen un mayor costo.

Otro punto que rescata es la obligación de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN de tomar medidas (a partir del 1 de enero de 1.998) sobre tarifas, ya que entrarían a funcionar canales privados como operadores, afectándose así los ingresos publicitarios de los concesionarios.

"E LOS CONTRATOS Y SU EJECUCIÓN"

"1. El contrato N° 155 de 1998."

El Tribunal realiza un recuento de los eventos y documentos relacionados con el contrato de los cuales rescatamos:

La COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN abre licitación pública (003/98) el 5 de marzo de 1.998, cuyo objeto era la adjudicación de espacios de televisión de los canales operadores públicos (canal 1 y A). En el pliego de condiciones se establecen las tarifas a aplicar las cuales eran:

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

(Especificaciones sobre espacios objeto de licitación, numeral 2.2)

Las cuales podían ser modificadas durante la ejecución del contrato teniendo como mínimo el IPC proporcionado por el DANE.

Se adjudica el contrato de concesión a DIEGO FERNANDO LONDOÑO el 5 de marzo de 1.998, fijándose los espacios concedidos. El 15 de mayo del mismo año se suscribe el contrato entre el demandante y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, estableciéndose un término de duración del contrato de 6 años improrrogable y un valor al contrato de \$ 5.796.648.689, pagaderos mensualmente los 15 primeros días de cada mes. En este contrato no se fijan reajustes tarifarios, sin embargo realiza la claridad el Tribunal, de que las partes conocían que la entrada en vigor de la Ley (Ley 335 de 1.996) introduciría cambios en el mercado publicitario, que afectarían los ingresos de los concesionarios, por lo cual se debería realizar ese ajuste tarifario.

El 15 de febrero de 1.999, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN incrementa las tarifas, por esta razón en los meses de marzo y abril los concesionarios realizan una solicitud conjunta en la que proponen a la COMISIÓN " (i) disminuir en forma sustancial las tarifas que pagaban las programadoras por concepto de arrendamiento de los espacios (ii) modificar la forma de pago de dichos arrendamientos y (iii) ampliar los plazos establecidos para dicho pago, así como reclasificar los espacios e igualar las tarifas que se cobran para la programación nacional y extranjera."⁷⁹

Ante ésta solicitud la contratante revisando los motivos de la solicitud, decide ampliar el plazo para el pago de los arriendos e igualar las tarifas para programas nacionales e internacionales, mediante la Resolución N° 640 de mayo 3 de 1.999, la base tarifaria que se toma es la incrementada con base al IPC, con lo cual se disminuye para los internacionales y se incrementa para los nacionales.

Se realiza un "otro sí" del contrato el 3 de mayo de 1.999, modificando la cláusula 6 del contrato, fijando una nueva forma de pago, en la cual el concesionario se auto liquida y esta se pasa a la contratante.

El 1° de julio de 1.999 DIEGO FERNANDO LONDOÑO, ejerce su facultad de renuncia (art. 17 Ley 335) al contrato, basándose en la crisis económica del país y del sector generada en su mayor parte por la entrada en operación de los canales privados y la renuncia de la contratante en introducir medidas que contrarrestaran estos eventos. La COMISIÓN luego de tres meses de la renuncia, expide la resolución 1012 y 1013 el 30 de septiembre de 1.999, en las cuales prorroga la vigencia de la resolución 640/99, y ordena la realización transitoria de espacios y programas. Para el Tribunal es claro que la COMISIÓN sin derecho que la sustente, toma tres meses luego de la renuncia para tomar medidas, y luego de este tiempo acepta la renuncia (Res. N° 1019/99), de esta resolución, el contratista presenta recurso de reposición del artículo tercero, en el cual se imponía el pago de perjuicios por la renuncia.⁸⁰

Del mismo modo, y pese a los hechos antes presentados de renuncia y de aceptación,⁸¹ se realiza un "otro sí" del contrato el 27 de octubre de 1.999, que corresponde al segundo y en el que se fija nuevos plazos para realizar los pagos, a partir del mes de abril. A pesar de este hecho un poco confuso, se presenta dos días después de este acto, la imposición de la obligación al contratista de seguir transmitiendo hasta que la resolución recurrida quede en firme, lo cual ya venía realizando el contratista ya que la comisión no había reasumido la concesión. Solo hasta el 23 de diciembre de 1.999 la COMISIÓN responde el recurso interpuesto negándolo, como también la solicitud de prorroga del contratista de transmisión realizada el 25 de octubre del mismo año, aduciendo la entidad que ya no existía vinculo

⁷⁹ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Ibid. Folio 89.

⁸⁰ Razones con que el demandado sustenta el recurso interpuesto. Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Ibid. Folio 91.

⁸¹ El primero en el mes de julio y el segundo en el mes de octubre de 1.999.

entre las dos y que por tanto para adjudicar espacios debería hacerlo mediante licitación pública.

El 30 de noviembre de 2.000 por resolución N° 10223100 se procede a la liquidación unilateral del contrato, la contratante comunica el 29 de enero del año 2.002 que debe a la entidad:

Capital en mora	354.471.170
Intereses corrientes	10. 196.502
Intereses por mora	86.028.589

Cuadro folio 93.

Para el Tribunal es claro que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, incumplió las normas contractuales, al no reconocer el derecho legal del contratista a renunciar y al no retomar la prestación del servicio obligando al contratista a continuar, lo que agravaba la situación. Así mismo señala el Tribunal que hasta el 6 de julio del año 2.000 la contratante cita al contratista para realizar la liquidación del contrato de mutuo acuerdo.

Conforme al peritazgo financiero y al descenso del "rating" el contratista sigue realizando sus labores, hasta el 30 de junio fecha en que le es imposible seguir programando, razón por la cual la suma de \$ 354.471.170 moneda corriente no se tendrá a cargo del Tribunal.

Por lo anterior para el Tribunal es claro que no puede prosperar la excepción al contrato no cumplido.

"2. EL CONTRATO N° 029 DE 1999."

Se abre licitación pública N°010/98, mediante resolución N°1071 el 16 de diciembre de 1.998 (modificada parcialmente por Res. 010 y 015 de 1.999). Se inscriben en el pliego de condiciones las tarifas, explicando que son las correspondientes al año de 1.998, y que por ser el contrato adjudicado al año siguiente estas serán modificadas, estableciéndose solo que el mínimo de reducción corresponde al IPC proporcionado por el DANE y que éstas modificaciones se llevan a cabo según el movimiento del mercado publicitario.

Espacio	Nacional	Extranjero
AA	2.335.069	3.539.880
A	2.016.705	2.989.114
B	808.321	1.103.306

Cuadro folio 95.

Por medio de la resolución N° 0222 de marzo 19 de 1.999, se adjudica el contrato a DIEGO FERNANDO LONDOÑO, suscribiendo el contrato N° 029 de 1.999, el 21 de marzo del mismo año, el cual tiene por objeto la cesión para utilizar y explotar espacios de televisión,

en los espacios convenidos, la duración del contrato se estipula para 6 años improrrogables, los cuales comienzan a contarse desde el 1° de abril del mismo año. El valor del contrato se pactó en \$1.039.408.124 moneda corriente, pagaderos mensualmente dentro de los primeros quince días de cada mes.

Como se mencionó en el punto anterior en el mes de abril del año 1.999, se realizó una solicitud conjunta de adopción de medidas de ajuste debido a la situación del país y del sector y presentan propuestas.

El 1° de julio de 1.999, DIEGO FERNANDO LONDOÑO hace uso de su facultad de renuncia conforme a lo estipulado en la Ley 335 art. 17, siendo aceptada el primero de octubre del mismo año.

Los demás puntos relevantes fueron expuestos anteriormente, por lo cual no se volverá sobre lo mismo.

"F. LA CONTROVERSIA EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO."

"1. La posición del Contratista"

El contratista a pesar de presentar diferentes puntos como la situación del país, el desequilibrio del contrato, y otros, basa sus pretensiones en el incumplimiento del contrato por parte de la COMISIÓN, por su renuencia para tomar medidas para mantener la eficiencia y competitividad del operador público, así como la modificación de tarifas conforme a los sucesos presentados.

"2. La posición de la Comisión Nacional de Televisión."

En la contestación afirma que el contratista ha incumplido con el contrato y no tiene derecho a reclamar, por lo cual solicita también se reconozca la excepción de contrato no cumplido.

"3. La prueba testimonial. Conclusiones"

Luego de recibir los testimonios el Tribunal considera que no está probado que la disminución en el "rating" de los canales públicos, se deba a la caída de la señal y a las fallas o deficiencias de la misma. Sin embargo, considera que esta circunstancia sumada a la entrada en operación de canales privados, los precios de comercialización y publicidad, generó el aumento de audiencia en canales privados y la disminución en los públicos ocasionando pérdidas a los contratistas.

"4. Declaraciones de parte."

Para este estudio nos referiremos a los puntos más importantes de las declaraciones:

Ricardo Lombana Moscoso, presidente de la Comisión Nacional de Televisión desde agosto 26 de 2.000

En su declaración, en cuanto las inversiones menciona que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, no realiza las inversiones sino las transferencias al operador, y éste es quien las realiza.

Respecto de las transferencias estas son de \$20.000.000.000 en el año de 1.996 y continua ascendiendo hasta 1.998, año en el cual el Ministerio de Comunicaciones toma medidas para controlar los gastos de INRAVISIÓN.

Se hace la claridad que con el fin de instalar la nueva red se realiza una transferencia extraordinaria de \$ 7.000.000.000.⁸²

Sobre la calidad de INRAVISIÓN, solo se refiere a que puede ser mejor.

Respecto a las contraprestaciones, afirma que la configuración de la tarifa ha tenido en cuenta la práctica del servicio y factores colaterales, afirmando que estas se van actualizando y que desde el año de 1.963, se realiza con base al IPC. Por esto en el año 2.000 se realiza una reclasificación de espacios, con lo cual se crean nuevas tarifas y se establecen nuevos plazos. Así mismo se refirió a que la estructura de las tarifas se realiza conforme a las variables del mercado en esta área y que por esta razón LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN se basa en los parámetros establecidos en la Ley 182 de 1.995, por considerar que esta contribuía al establecimiento de la estructura tarifaria en relación con las variaciones del mercado.

Sobre la mala calidad y cobertura, afirma no conocerlas directamente.

Acerca de la función de vigilancia que tienen los operadores, dice que se realizan reuniones para conocer acerca de los problemas que se van presentando.

Sobre la devolución de espacios en los canales 1 y A, en los dos últimos años por parte de los concesionarios, afirma que corresponde, aproximadamente al 50% de horas de grabación en el canal A y 26 - 27% en el canal 1.

"declaración de Diego Fernando Londoño:"

Manifiesta que no existe coordinación entre las operaciones técnicas y de programación, lo que se traduce en que el concesionario no sabe cuando sale al aire.

Sobre sus razones para participar en la licitación, conociendo que los canales privados entrarían a competir, afirma, que consideraba que la economía y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, actuarían diferente.

⁸² Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Op. cit. Folio 101.

Sobre las renunciaciones, hace mención a que no lo hace al mayor de sus contratos, ya que tenía confianza en la ayuda del Estado.

"Declaración de Sergio Quiroz Plazas:"

Afirma que los contratos de concesión de espacios de televisión, son contratos de arrendamiento.

Sobre la red, menciona que no tiene que ver con la audiencia, ya que en su concepto esta es mantenida por la costumbre.

Sobre quien es el encargado de mantener la red, menciona que es INRAVISIÓN y sobre la calidad de la señal, considera que los equipos son excelentes y que los problemas son fruto de las antenas o de los receptores.

Sobre los contratos que celebra la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, afirma que tienen como finalidad ampliar la cobertura.

"5. Prueba documental sobre las inversiones en publicidad."

"5. 1 Expediente Superintendencia de Industria y Comercio"

Según los testimonios presentados ante esta entidad, de comercializadores y empresas que "pautan" publicidad, se concluye que;

Lo que determina "pautar" en canales privados es la oferta la forma y el precio, sin que se aluda en ningún momento a la calidad de la señal.

"5.2 Los estudios del Instituto SER"

Se realiza para saber en relación con las tarifas, el cumplimiento de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, en relación con su fijación. Este estudio indica (hasta año 2.000);

Se fijan por INRAVISIÓN desde tiempo atrás y no se había revisado últimamente, no se ve el método utilizado para calcularlas.

Se reajustan con base al IPC sin considerar otros factores.

Conclusiones del estudio;

1. por el problema financiero (déficit) de INRAVISIÓN, las tarifas no son una forma de solucionarlo, a pesar de que debería corresponder al costo del servicio.

2- los problemas de las programadoras son tan graves, que aun sin pagar las tarifas, solo presentarían pérdidas y solamente 12 recibirían utilidades. Según este estudio, para que estos puedan seguir operando sería necesario pagarles.

- 3- las tarifas no superan el 20% de los ingresos de los operadores.
- 4- la situación económica de los concesionarios se debe a la disminución de la audiencia, derivado directamente de la inversión en publicidad.

Concluye también que el reclasificar y disminuir tarifas no soluciona el problema, solo lo alivia.

"5.3 Centro Nacional de Consultoría"

Según la encuesta realizada entre el 28 y el 30 de mayo de 2.001, presentada en junio del mismo año, con el fin de evaluar el primer semestre del año 2.001 y compararla con el segundo semestre del 99. Los datos que se toman, son los relacionados con los canales uno, A y RCN.

La ficha técnica muestra que la encuesta se realiza sobre:

- 100% de hogares en zonas urbanas del territorio
- 1705 entrevistas para canales privados y nacionales
- 640 hogares en capitales de Ibope (parte del "rating")
- 297 hogares en ciudades no Ibope
- 369 resto del área urbana

Entre los objetivos de esta encuesta se encuentran:

Conocer los niveles de cobertura y calidad de señal de los canales nacionales públicos y privados, realizando entre estos una comparación de calidad de señal, así como establecer si la señal del canal A es mejor o peor que antes.

Comparar el nivel de cobertura de los canales nacionales, privados y regionales con relación al año 1.999.

Esta encuesta en conclusión presenta unos puntos principales relacionados con la recepción de señal de los canales, de lo cual puede calcularse si la señal era deficiente y si esta calidad influye en la disminución del "rating" de DIEGO FERNANDO LONDOÑO y por tanto de sus problemas económicos.

Puede determinarse claramente que en 1.999 el 97% aproximadamente de las ciudades recibía una señal adecuada de los canales públicos.⁸³

"5.4 Análisis del "rating" allegado por la CNTV."

Corresponde a un análisis de la evolución promediada del "rating" de canales públicos y privados en el periodo comprendido entre enero de 1.998 y diciembre de 2.000, realizado según la medición del Ibope.

⁸³ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Op. cit. Folio 106.

El Tribunal considera que no puede tomar en cuenta las conclusiones arrojadas por este, ya que no puede identificarse la fuente de tal estudio.

"6. La prueba pericial técnica."

Sobre el período solicitado a estudiar se presentan cuestionamientos descriptivos de las ventajas y desventajas de los canales públicos y privados y muy poco de la calidad de los mismos. Sin embargo éste no permite determinar si la calidad de la señal era un factor que determina la disminución del "rating" de DIEGO FERNANDO LONDOÑO.

A esto debe sumarse que el estudio versa sobre conceptos más que sobre análisis de hechos, por lo que el Tribunal no lo considera el medio certero para establecer si las fallas en la señal determinaron la situación económica que le llevaron a su renuncia.

"7. La prueba pericial financiera."

Este estudio permite establecer la proporción de ingresos y de los egresos de DIEGO FERNANDO LONDOÑO, así como de las tarifas de 1.999 (concluyendo que estas fueron menores a las de 1.998), mostrando también que el "rating" disminuye en 1.999 con relación a 1.998, llegando tal disminución a ser aguda en el primer año.⁸⁴

Sin embargo el Tribunal no tendrá en cuenta este análisis por las razones expuestas en los puntos anteriores ya que para que este pueda ser tenido en cuenta debería constatar que el incumplimiento del contrato fue el factor que produjo las pérdidas del convocante.

"H. RESUMEN DE LAS CONSIDERACIONES."

Para el Tribunal es claro que DIEGO FERNANDO LONDOÑO sufre una disminución en su patrimonio durante la realización de los contratos 155 y 029, afirmando que los hechos que lo llevan a esta situación son varios y no únicamente se debe al incumplimiento de la convocada, ya que como se ha mencionado también tiene incidencia, hechos relacionados con su calidad profesional en telecomunicaciones al momento de participar en las licitaciones, y la nueva situación del sector, por lo que en consideración del Tribunal las pretensiones no prosperaran en la medida solicitada por la convocante.

DFL debió haber tenido en cuenta los hechos relativos a la verificación del nivel de competencia de INRAVISIÓN con sus canales públicos con respecto a la nueva competencia y el impacto económico que esto generaría en los canales públicos, debido a la inminente división del mercado publicitario. También debió verificar las gestiones de mejoramiento de la red por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE

⁸⁴ Tribunal de Arbitramento de DIEGO FERNANDO LONDOÑO contra LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Ibid. Folios 109 y 110.

TELECOMUNICACIONES. Por todo lo anterior cualquier consecuencia económica derivada del manejo eficiente de la operadora pública debe ser sufrida por el contratista por su deber de diligencia previo a la licitación.

Así mismo considera el Tribunal que a pesar de tener la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN el deber de fijar las tarifas en base a la situación del sector, para que este pueda ser competitivo en el mercado, y respetando el principio de confianza que ampara al actor, este último al no realizar un análisis tarifario anterior al contrato, queda sometido a lo establecido en el pliego respecto a tarifas, (aunque no a posteriores aumentos) haciendo la salvedad de que si la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN había ajustado sus tarifas favorablemente en 1.999 (o por lo menos mantenerlas), tiempo en que se agudiza la situación del actor, esta hubiera sido por lo menos aliviada, y estaría actuando conforme a la Ley y su competencia, por estas razones la convocada debe responder.

Respecto a los daños con el carácter de ciertos, que el convocante sufre luego del 1 de julio de 1.999, fecha correspondiente a su renuncia, estos deben ser pagados por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, ya que ésta entidad como titular del servicio debió en el menor tiempo retomar el servicio, debido a que esta facultad de renuncia del convocante no cuenta ni con preaviso ni requisitos adicionales. Para la determinación del valor se consideraran los valores presentados por la convocada como adeudados durante el periodo desde julio 1º de 1.999.

Sobre el monto a indemnizar el Tribunal se atiene a lo dispuesto en la Ley 446 de 1.998 artículo 16, que se refiere a "mitigar" el daño, lo que equivale a devolver la diferencia actualizada al convocante resultante de la resta entre el monto pagado y lo que debió pagarse, en base al IPC, por el periodo comprendido entre la última fecha de pago oportuno (establecida en el pliego) y la fecha de liquidación (a realizarse dentro de los diez días siguientes a la ejecución del laudo), debiéndose pagar intereses moratorios por estas sumas en caso de no pagar en las fechas estipuladas, los cuales corresponderán a la fecha antes mencionada hasta la del pago efectivo.

Para las liquidaciones de los contratos se tomarán como tarifas;

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

(Contrato 155/98 Laudo folio. 115)

Para liquidar el contrato 029 de 1.998, se tomarán los valores de la tabla anterior correspondientes a las franjas AA, A y B.

"I. COSTAS"

Se establece que sean asumidas por las partes en mitades.

"V. CAPÍTULO QUINTO: DECISIÓN"

Contenido en el laudo folio 117 y ss

4.2.4 Naturaleza y régimen jurídico del contrato

A) Naturaleza Basados en la clasificación clásica de los contratos en conmutativos y aleatorios, que corresponde según lo consagra el artículo 1498 del Código Civil, “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

De este primer punto a considerar, los contratos 155 de 1.998 y 029 de 1.999, suscritos entre DFL y la CNTV, el primero como programador y la segunda como titular del servicio, contrato que tiene como objeto la explotación de espacios de televisión, donde las prestaciones de las partes consistían en la entrega para utilizar y explotar los espacios de televisión en la forma y tiempo pactados a cambio de una suma de dinero.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que los contratos aleatorios están contenidos en el artículo 2282 del Código Civil, y que se basan en el establecimiento de unas prestaciones reales a favor de una parte y la posibilidad de ganancia o de pérdida para la otra. Y que por su parte los contratos conmutativos buscan establecer un equilibrio en las prestaciones de las partes, el cual al romperse y siendo necesario su restablecimiento, según el contrato del que se hable, debe entonces reconocer lo correspondiente al daño emergente y el lucro cesante una vez se hayan demostrado.

En los contratos del Estado el equilibrio que se persigue por su calidad de conmutativas, es lo conocido en el ámbito administrativo como “ecuación contractual”.

El Consejo de Estado en Sentencia de 9 de mayo de 1.996 (Exp. 10151), refiriéndose al punto hasta donde debe aplicarse este principio, señala que el sentido de este principio es el de restablecer un equilibrio financiero hasta la configuración de no pérdida del contratista por la ocurrencia de un imprevisto, siendo éste por tanto indemnizado de manera integral con lo cual se aleja de la consideración de que la administración solo debe colaborar con el contratista para que soporte el imprevisto.

Al respecto se refiere también el Consejo de Estado, en la Sentencia de octubre 24 de 1.996 (Exp. 11632), en la cual menciona a la ecuación contractual como: “figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hayan pactado o no”. En lo cual podemos ver el alcance del término que se estudia, así como su carácter permanente en los contratos celebrados por las entidades del Estado.

En esta misma providencia, se refiere el Consejo de Estado, a que es el legislador quien establece las “reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias.”.

B) Régimen jurídico El Tribunal realiza una pequeña síntesis sobre la evolución en materia legal del sector de las comunicaciones, sobre las cuales rescatamos aspectos que consideramos importantes para este estudio, como lo es la referencia a las Leyes 198 de 1.936, de la cual podemos mencionar, la consagración del Estado como responsable y prestador del servicio, pudiendo acudir a la figura de la concesión de la prestación a particulares (personas naturales o jurídicas); la Ley 6 de 1.943, que nacionaliza este servicio; el Decreto 3418 de 1.954, en el cual se afirma que el Estado colombiano es el propietario de los canales radio eléctricos y que era éste el encargado de determinar como será prestado el servicio.

También debemos mencionar aspectos como la creación del Estatuto Básico de las Telecomunicaciones en 1.957, en el cual se habla de la titularidad del Estado y de la prestación conjunta del servicio. En segundo lugar con los avances de la ciencia y la tecnología que comienzan a realizarse, en el año de 1.972, se puede ver un mayor cubrimiento del sector, unos precios más bajos y una mayor potencia, con un aumento en competencia y cubrimiento lo cual se evidencia en la participación privada en el sector, presentándose por esta razón un interés por la normatización del derecho a la competencia, a la regulación del sector y de incentivo a la participación de la empresa privada.

Más adelante la Ley 42 de 1.985, reitera lo contenido en el Decreto 3418, así mismo que los criterios con los cuales se prestará el servicio, son objetividad, profesionalismo e imparcialidad, para lo cual INRAVISIÓN, (creado por el Decreto 3627 de 1.963) se transforma en un organismo ideal. Esta ley establece que se debe dar una mayor participación a la comunidad y asegurar una mejor prestación del servicio con el fin de conseguir el bien común. Consagra también a la CNT como ente encargado de dirigir este sector. En 1.989 con la Ley 72 y los Decretos 1900, 1901, 1902 y 1903 (expedidos dos años después), se hace referencia nuevamente a la titularidad del Estado de los canales radioeléctricos, se refieren a los principios que rigen el sector y el régimen que será aplicable a su realización, se habla también de las concesiones, las licencias y de los pagos ocasionados con ellos, se refiere, ya particularmente en los Decretos de los servicios y parámetros que regirán el sector así como la estructura y órganos encargados de su dirección. La Corte Suprema de Justicia al respecto hace referencia al Decreto 1900, mencionando en particular el poder de imperio del estado, y como éste se refleja en el

espectro electromagnético, igualmente señala que éste sector es un servicio público, lo cual es respaldado por la Corte Constitucional.⁸⁵

La Ley 14 de 1.991, habla de la prestación mixta del servicio, de la dirección del Ministerio de Comunicaciones en aspectos como el control y las formas de utilización del servicio y sobre la función del Consejo Nacional de Televisión de reglamentar las actividades del sector.

Ya en materia constitucional, debemos analizar las introducciones que la Constitución Política de 1.991 realiza en el sector, para lo cual haremos mención de algunos de los aspectos más relevantes contenidos en esta norma.

Primero trataremos lo señalado como *límites a esta actividad*, que no son otros que el respeto por los derechos como el de libre competencia y trabajo.

La Constitución en su artículo primero nos habla de Colombia como Estado social de derecho, concepción contemporánea del Estado, en la cual este interviene en lo social, surgen los derechos de tercera generación (colectivos y del ambiente) y se da una consagración y defensa de la democracia.⁸⁶ En palabras del profesor de la Universidad de la Sabana Dr. Gabriel Mora Restrepo "es el régimen político en el cual la comunidad política tiene el derecho de participar de alguna manera en las decisiones políticas fundamentales como la de elegir gobernantes y en donde la libertad social se constituye en expresión del bien común.". Lo que nos indica que la democracia es la participación libre de todos los integrantes de la sociedad en la ejecución de las acciones que tienen repercusión en el conglomerado, en el bien común. Entendiendo libertad en el sentido moderno de autonomía, lo cual se enmarca también en criterios de igualdad y de justicia, ya que no debe existir discriminación. Este artículo nos señala también que el país es una República unitaria, con una centralización política y una descentralización administrativa, descentralización que se garantiza a través de la autonomía de sus entidades, con carácter democrática, pluralista y de participación, siempre encaminado al bien común.

Conforme al anterior artículo encontramos el artículo 13, el cual nos habla del derecho a la igualdad y a la libertad, derechos que deben ser protegidos y promovidos por el Estado y todas las entidades del mismo, artículo al que se refiere el Tribunal al hablar del daño reparable y del daño antijurídico, señalando que corresponde al sufrido efectivamente por el actor, sin tener en cuenta los daños eventuales. Daño que debe ser sufrido por las acciones, omisiones o negligencia del contratante, debiendo por tanto probarse el nexo existente entre las anteriores situaciones y la real y efectiva existencia del perjuicio, para lo cual como mencionamos en apartes anteriores debe verificarse mediante una valoración del lucro

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 82 del 26 de febrero de 1.993; "... los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y, por tanto, de conformidad con lo estipulado por el artículo 365 de la Carta, son inherentes a la finalidad social del Estado y estarán sometidas al régimen jurídico que fije la ley"

⁸⁶ La cual para Abraham Lincon, constituía el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

cesante y el daño emergente sufrido por el contratista. Sobre este punto el Tribunal se basa en lo presentado por el Consejo de Estado en Sentencia de marzo 2 de 1.993 y en el Código Civil artículos 1616 y 1617⁸⁷, los cuales hablan de la indemnización de los perjuicios, haciendo referencia a que las cláusulas del contrato pueden modificar las reglas consagradas en los mismos. La Constitución al respecto en sus artículos 90 y 91⁸⁸ establece la responsabilidad del Estado por las actuaciones o las omisiones cometidas por las autoridades, que generen daños, los cuales deben ser reparados e indemnizados. Así mismo se refiere a que esta responsabilidad estatal tiene como finalidad el mantenimiento del orden y la armonía general, así como el mantenimiento del orden jurídico y social.⁸⁹ Los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Política, tienen particular importancia para éste estudio, ya que estos consagran:

" Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la Ley.
Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la Ley para evitar practicas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

⁸⁷ CÓDIGO CIVIL, artículos: “ART. 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

ART. 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el coro de los intereses corrientes en ciertos casos;

El interés legal se fija en seis por ciento anual;

2ª) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo;

3ª) Los intereses atrasados no producen interés;

4ª) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

⁸⁸ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículos:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

(...).”

⁸⁹ LA CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia C - 333 de agosto de 1.996 se pronuncia sobre este aspecto indicando que la definición de este daño antijurídico hace parte de los principios y valores que se promueven en un Estado Social de Derecho y que corresponde a este Estado mantener el equilibrio económico en los contratos que celebre, para proteger el patrimonio de los particulares y resarcido cualquier perjuicio que pueda causarle.

Artículo 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollara y ejecutara los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en inciso anterior.

Artículo 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen legal propio...".

Como hemos venido mencionando nuestra normatividad se ha venido ocupando del contenido de estos artículos y lo continua haciendo en normas donde se consagra al Estado como titular de esta parte del territorio⁹⁰ y de sus canales radioeléctricos. Así mismo ha designado las autoridades encargadas de su manejo, regulación y las formas en que este servicio debe ser prestado, con lo cual vemos que se cumple también con lo contenido en el artículo primero respecto a la descentralización administrativa, que es el otorgar parte de las funciones del Estado a personas jurídicas, que forman parte de él.

El Tribunal hace la claridad que en materia de telecomunicaciones se utiliza solamente el radioeléctrico y no como comúnmente se piensa el espectro electromagnético. Sobre la base de los artículos antes presentados podemos resumir la definición del espectro, como un bien público, inalienable e imprescriptible, bien que se encuentra en cabeza del Estado, quien se encarga de su dirección y control. Este bien público puede ser usado conforme a la Ley y la administración, que es la que fija los patrones para tal uso (licencias, autorizaciones o concesiones).⁹¹

De los tipos de descentralización, rescatamos la descentralización por servicios que es la que nos interesa, y que corresponde al otorgamiento de funciones a entidades (como las empresas industriales y comerciales del Estado), en razón del carácter técnico o especializado de sus actividades, siendo por tanto mejor prestada tal competencia,⁹² lo que hace necesaria la determinación constitucional de esta característica, y de las características que esta norma les concede a las entidades para tal fin como lo es la autonomía administrativa, financiera y personería jurídica.

⁹⁰ NARANJO MESA, Op. cit. p. 112. "La Constitución colombiana incluye en la misma disposición como parte del territorio el espectro electromagnético y el espacio en donde actúa."

⁹¹ Lo cual se encuentra contenido en la Sentencia C - 423 de 1.995 de la Corte Constitucional y la Ley 38/89 art. 20.

⁹² NARANJO MESA, Op. cit. p. 292 "..., que hace referencia a la autonomía que se puede otorgar a determinadas personas jurídicas en la prestación de servicios administrativos de carácter especial."

Se refiere también la norma a un elemento que es el control de tutela, el cual tiene como fin la garantía de la unidad y de principios como la legalidad y la libertad.⁹³ Como vemos esta delegación en la prestación de servicios, se hace presente también en el servicio de televisión, en el cual, se presta o directamente por el Estado o por concesiones que éste da a particulares (el Estado es el encargado de garantizar su prestación),⁹⁴ que pueden ser personas naturales o jurídicas, conforme a la misma Constitución y a la Ley.

Tal como lo hemos venido presentando, además de estar contenido todo lo referente a este tipo de prestación en su artículo 365, la Constitución, hace referencia igualmente a que este servicio público, esta inmerso en la finalidad social de nuestro Estado Social de derecho. En este punto detengámonos en la definición de servicio público, para lo cual debemos partir de dos criterios para que una actividad sea definida como servicio público, en primer lugar, el servicio debe con el desarrollo de la actividad satisfacer necesidades generales de los asociados, y en segundo lugar, tal actividad debe encontrarse definida como servicio público por la Ley.⁹⁵ Este sector de las Telecomunicaciones, fue catalogado como servicio público por la Ley, conforme a Decretos como el 753 de 1.956 y la Ley 182 de 1995, la cual se refiere también a la potestad del Estado sobre tal actividad y sobre la prestación mixta del servicio, y que es la encargada de la conformación de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, como titular del servicio en representación del Estado, siendo el ente regulador de la competencia y la democratización de este servicio. INRAVISIÓN, con esta Ley se configura como empresa industrial y comercial del Estado.

En 1.993, se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80, la cual habla de la concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, refiriéndose a la regulación que sobre ellas realiza, y a las leyes y normas especiales que existan sobre la materia, como en este caso, en el cual la Ley se refiere al contrato de concesión y lo que de ese contrato se refiere al sector de las telecomunicaciones, a la prestación y desarrollo de la actividad, en sus artículos 32 y ss., sin que por esto se desconozcan las normas que se refieren de manera especial al sector y su prestación.

La Ley 335 de 1996, la cual reafirma la configuración de INRAVISIÓN como empresa industrial y comercial, se refiere a su conformación tanto estructural como económica, y su objeto. En cuanto a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN establece que es la encargada de reglamentar las condiciones, formalidades y demás que debe presentar los oferentes de este servicio, se menciona que respecto de contratos realizados antes de la vigencia de esta Ley, se mantendrán las condiciones pactadas en ellos, haciendo la salvedad que si existe alguna cláusula que se refiera a la prórroga esta será negada. Se menciona también la obligación en cabeza de esta entidad de la reorganización del espectro electromagnético, en cuanto a su utilización. En ésta Ley se habla también de la doble prestación del servicio de televisión (operadores públicos y operadores privados que operan tanto nacional, como regional, local y comunitario).

⁹³ RODRIGUEZ SANTOS, Op. cit. p. 37.

⁹⁴ NARANJO MESA, Op. cit. p. 270.

⁹⁵ RODRIGUEZ SANTOS, Op. cit. p. 40.

La Ley 680 de 2.001, es expedida para dar una solución jurídica a los inconvenientes presentados en 1.998, con base en la entrada en operación de nuevos canales, la partición del mercado publicitario y la intervención de factores técnicos y científicos que constituyen un carácter determinante dentro de la competencia del sector.

Ya en materia, y de acuerdo a la forma en que se suceden los hechos, entre Diego Fernando Londoño y La Comisión nacional de televisión se celebran los contratos 155/98 y 029/99. Estos contratos estatales⁹⁶ que como sabemos en nuestro país corresponden a los contratos que se celebren con entidades públicas, y que se han estructurado con base en el derecho civil, pero se encuentran sujetos a regulaciones especiales, sobre situaciones específicas, tales como:

a. la selección objetiva del contratista,⁹⁷ la cual constituye un deber dentro del Estatuto General de Contratación, y que menciona que debe basarse en aspectos como la experiencia y los plazos de cumplimiento, teniendo como base para esto los pliegos de condiciones o términos de referencia y ajustando sus propuestas a lo en ellos contenido.⁹⁸ En general, el Estatuto establece que la selección debe tener en cuenta todo lo referente al profesionalismo y calidad del contratista, lo cual se verá luego reflejado en la realización y mantenimiento de la obra o labor contratada en términos de eficiencia y calidad.⁹⁹

b. El incumplimiento del deber de selección objetiva genera por esto responsabilidades, en cabeza tanto del contratista como de los servidores públicos en que radique el miramiento de este deber, constituyéndose para los primeros una responsabilidad civil y penal, y para los servidores públicos además de las anteriores, la disciplinaria.¹⁰⁰

⁹⁶ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32. "De los contratos estatales; Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)."

⁹⁷ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 29. " Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva."

⁹⁸ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 29. "(...). El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación."

⁹⁹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 29. " Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido."

¹⁰⁰ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Pilares Fundamentales de la Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas, Primera Edición, 1.994, pág. 22 " Para garantizar el cumplimiento de los fines contractuales, se prevé que los servidores públicos que intervengan en ellos, son responsables civil, penal y disciplinariamente, y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de sus actuaciones y omisiones antijurídicas. Los

Otros aspectos sobre los que recae el deber de selección objetiva corresponde a la solemnidad de la escritura, y las prerrogativas especiales de las cuales goza la administración, las cuales no pueden ser separadas de los principios de la Contratación Administrativa,¹⁰¹ tales como el principio de transparencia, contenido en el artículo 24 y el principio responsabilidad, consagrado en el artículo 26 del Estatuto General de Contratación.

Estos contratos de naturaleza conmutativa, que tienen como finalidad la concesión de espacios de televisión en canales de cobertura nacional, de carácter especial,¹⁰² que como sabemos son "especiales" en razón al servicio que prestan y la finalidad que se persigue, ya que están al servicio de la comunidad, para satisfacer sus necesidades, teniendo como fin el mantenimiento de unas garantías y servicios que conserven y consigan el bien general.

Este contrato en particular que permite el acceso del contratista al espectro electromagnético, se encuentra bajo la tutilaridad del Estado, y se rige por normas especiales tales como el Estatuto General de la Contratación, y las demás normas que sean especiales para estos contratos de concesión.¹⁰³

El Estatuto de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1.993, nos menciona que estos servicios son operados por medio de operadores públicos, tienen como antes se mencionó por objeto la explotación económica del espacio contratado, a cambio de una prestación económica (\$5.796.648.689 y \$1.039.408.124 millones de pesos respectivamente), fijada en unas tasas establecidas en los pliegos de condiciones y en la concertación con el oferente realizada en sus propuestas, todo esto de acuerdo a la Ley, la cual contempla los beneficios que se derivan de la ejecución de la actividad y que dependen entre otros factores de los niveles de audiencia que tenga el canal y de la demanda publicitaria del mismo.

La duración de ambos se estableció en seis años no prorrogables. Al respecto podemos referirnos a lo contenido en el artículo 365 de la Constitución nacional, el cual nos habla de la forma en que puede ser realizado el servicio, ya que, antes de la expedición de la Ley 80 de 1.993, con el Decreto Ley 222 de 1.983, se da una determinación taxativa de los contratos que tendrían el carácter de administrativos, y que por tanto cualquier conflicto

contratistas responderán, cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, como también por ocultar inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones o suministrar información falsa. (...)"

¹⁰¹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 23. "De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales."

¹⁰² Ley 142 de julio 11 de 1.994. por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 39, numeral 39.1.

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de diciembre 4 de 1.995 (Rad. 750) "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en ... tarifas...".

que se suscitara por razón de los mismos se resolvería ante la jurisdicción contencioso administrativa. Como vemos en este punto no se define realmente este tipo de contratos. Del mismo modo, este Decreto menciona los contratos privados que podían contener cláusula de caducidad, dando por tanto un carácter dual a los contratos de la Administración, lo cual termina con la expedición de la Ley 80 de 1.993, ya que los unifica en lo denominado "contratos de la Administración",¹⁰⁴ para los cuales por razones lógicas era aplicable la jurisdicción contencioso administrativa, dándole un carácter unitario a los contratos de la administración. En particular para contratos como el celebrado.¹⁰⁵

Para el contrato del que se habla en este trámite arbitral, se debe tener en cuenta lo establecido en los artículos 24 y 25 del Estatuto de Contratación, los cuales se refieren a que la celebración de este contrato no necesita ni una revisión ni una aprobación posterior, y que el mismo debe celebrarse sobre la base de una selección objetiva, siendo por tanto indispensable una actuación transparente y eficaz de las entidades y sus funcionarios en la selección y contratación del concesionario. También se refiere al "particular" en el sentido, que éste al contratar con la administración se encuentra obligado a colaborar con los fines sociales atribuidos a la prestación de los servicios públicos impuestos constitucionalmente.¹⁰⁶

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C - 711 de 1.996, menciona lo contenido en la doctrina sobre el objeto de este contrato, el cual corresponde a "otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo de un servicio que es responsabilidad de la administración;"

Ya en materia de servicios públicos, corresponde a "autorizar a un particular, para que satisfaga, inmediata, y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente."

¹⁰⁴ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32. "De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)."

¹⁰⁵ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32 numeral 4°. "Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

¹⁰⁶ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 3 inc. 2.

Como se mencionó anteriormente, en 1.998, las condiciones cambian con la entrada competitiva en el sector de 15 nuevos canales, los cuales son, canales de cobertura nacional RCN y CARACOL, nueve regionales CANAL CAPITAL, TV ANDINA, CITY TV, TELEANTIOQUIA, TELEPACÍFICO, TELECARIBE, TELECAFE, TELEMEDALLIN Y TELEORIENTE, y por supuesto de los operadores de cable TV CABLE y, satelitales DIREC TV y SKY, y tres canales públicos nacionales CANAL A, CANAL 1 Y SEÑAL COLOMBIA. Con esta distribución nueva del mercado publicitario, y el mantenimiento del monto de las tarifas cobrado por la Comisión, se presenta una crisis operativa a los concesionarios, algunos de los cuales deben devolver los espacios contratados.

El demandante presenta de manera particular dos puntos determinantes de la situación de los concesionarios; en primer lugar, la falta de implantación de sistemas y mecanismos que convirtieran a INRAVISIÓN en un operador competitivo frente al ingreso de los operadores antes mencionados; y en segundo lugar, la falta cometida por la CNTV de sus funciones relativas a la implantación de medidas y al establecimiento de un mercado competitivo en niveles de eficiencia, con medidas tales como la modernización y el establecimiento de condiciones técnicas y económicas, que contrarrestaran los inconvenientes que se estaban presentando.

El demandante eleva solicitud a la Comisión de tomar medidas respecto de la nueva situación y de las condiciones del contrato teniendo en cuenta el mercado, la baja publicitaria y el comportamiento de la audiencia, sumado a la recesión económica que sufre nuestro país durante ese tiempo.

Los hechos posteriores fueron discriminados anteriormente, sin embargo para claridad de este análisis podemos decir que, el primero de julio de 1.999, DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES manifiesta su intención de devolver los espacios de televisión contratados. A lo cual el primero de octubre de 1.999, LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN acepta la devolución de los espacios, terminándose los contratos y ordenándose la liquidación de los mismos.

El contratista se basa para presentar sus pretensiones en el incumplimiento de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN de sus deberes como titular del servicio en cuanto a la toma de medidas para mantener el nivel competitivo y eficiente del operador público, en base a las nuevas condiciones presentadas por la situación económica del país y la entrada en operación de los canales privados, lo que genera una disminución en las pautas publicitarias y de audiencia, lo cual se evidencia en las medidas tarifarias implantadas por la entidad.

Por su parte la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, afirma que cumplió con sus deberes y que el contratista no tiene derecho a reclamar, ya que éste es incumplido y pide el reconocimiento de la excepción del contrato no cumplido.

En este punto nos referiremos a los deberes de las partes contratantes, los cuales deben ser vistos a la luz de la normatividad existente y en particular a la constitución Nacional y la Ley 80 de 1.993.

Refiriéndonos a los requisitos anteriores al contrato que deben ser presentados por las partes, correspondientes a la capacidad y competencia de las partes, la capacidad se encuentra en la Ley en su artículo sexto, en las normas civiles sobre personas naturales, en las cuales según el artículo 1502 del Código Civil, establece que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario 1. Que sea legalmente capaz;.. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra." Y en su siguiente artículo se habla de la presunción de la misma estableciendo que "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". Sobre la capacidad de las personas jurídicas, el mismo artículo sexto del Estatuto se refiere a la necesidad de probar la existencia de su personalidad jurídica. En cuanto a los consorcios y las uniones temporales, las cuales se encuentran definidas en el artículo precedente de la Ley, y el Decreto Reglamentario 679 de 1.994, se les da capacidad de contratar en el artículo sexto.

Respecto de la competencia, la Ley y el Decreto antes mencionado, artículos 12 y 25, y 7 y 14 respectivamente, consagran quienes tienen competencia para celebrar estos contratos.

La Ley 80 de 1.993 por su parte, regula de manera particular lo referente a la capacidad de los sujetos intervinientes en un contrato estatal sean estos sujetos públicos o privados, capacidad que corresponde a la posibilidad con que cuenta una persona de contraer derechos u obligaciones, conforme a derecho. Sobre este punto la mencionada Ley señala aspectos como quienes son los sujetos con quien pueden contratar las entidades del Estado, que no son otros que las personas consideradas capaces en la legislación civil. Menciona también la capacidad de los sujetos públicos, las cuales son los que el Estado halla autorizado para tal efecto.¹⁰⁷

Un segundo requisito en concordancia con el principio de economía, contenido en el artículo 25 de la Ley 80, hace referencia a la realización de formas y procedimientos que permitan la realización de las actividades de la administración en el menor tiempo y gasto posible, fijándose para tal fin reglas que faciliten tales procedimientos (lo que no era posible con el Decreto 222 de 1.983, el cual se caracterizaba por su implantación de formalidades y requisitos que demoraban las actuaciones). Corresponde este requisito a la iniciación del proceso de contratación, cuando la entidad cuente con la disponibilidad

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 178 de abril 29 de 1.996 (Exp. D974) " La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de ella la constituye la capacidad para contratar. La Ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales."

económica (presupuestal) necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.¹⁰⁸

El tercero se refiere al procedimiento legal obligatorio que debe seguirse, el cual corresponde a la licitación, conforme al artículo segundo de la misma Ley, (la Sentencia C - 350 de 1.997 de la Corte Constitucional, refiriéndose a que "en el caso colombiano, la adjudicación de espacios para la prestación del servicio público de la televisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 82 de 1995, se efectuara a través de contratos de concesión;..."), este procedimiento de la licitación, contenido en el artículo 30 y siguientes del Estatuto General de Contratación, menciona todos los puntos a seguir en este proceso, tales como la resolución de apertura, la forma y presentación de los pliegos de condiciones o términos de referencia, la posibilidad de solicitar las aclaraciones que sean del caso por parte de los oferentes, la evaluación de propuestas, el acto de adjudicación, el cual es considerado como el punto de partida de una relación jurídica, formalizado en el contrato, la cual genera obligaciones y derechos entre las partes, evidenciado por la no existencia de procedimientos o evaluaciones posteriores a las que se señalaban en los pliegos o términos de referencia para la adjudicación.

Sobre este punto se manifestó el Consejo de Estado en Sentencia de enero 16 de 1.975, en la cual se expresaba además que "La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; Y quien propone es por que tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; pero de esa relación son elementos esenciales la oferta y la propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de cada una de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron".

Por lo anterior y para dar seguridad sobre su efectivo cumplimiento en términos de los principios que rigen la contratación¹⁰⁹ y la Ley, este acto de adjudicación puede ser objeto de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.¹¹⁰ Este procedimiento tiene como finalidad la elección por parte de la entidad de la oferta que se encuentre en mejores circunstancias para la prestación del servicio o labor para la que se contrata a través de un proceso comparativo y también que quienes se sientan en capacidad de realizar determinada obra o labor o de prestar un servicio, cuenten con la seguridad de un trato en términos de igualdad, soportados por principios como transparencia, economía y selección objetiva.¹¹¹

¹⁰⁸ DECRETO 287 de 1.996. artículo 1°. "Los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán indicar el presupuesto oficial de la licitación o concurso, y las consecuencias que se deriven del hecho de que las propuestas no se ajusten al mismo."

¹⁰⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de octubre 10 de 1.994 (Exp. 8386).

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de abril 14 de 1.986.

En el Estatuto General de Contratación, (artículo 24) se presenta también la excepción a este procedimiento que corresponde a la contratación directa del contratista. Este requisito es concordante con los principios de transparencia, el cual propugna una selección del contratista en punto de la objetividad, la imparcialidad y la integridad, aún en los casos acogidos por la excepción de la contratación directa. Este punto se evidencia en el pliego de condiciones o términos de referencia, en los cuales se tiene en cuenta aspectos como la experiencia, capacidad técnica y financiera, la seriedad y garantías que represente el contratista.

Lo anterior se acoge en la Sentencia del 30 de julio de 1.993 del Consejo de Estado, en términos de que ante la presentación de dos contratistas con propuestas parecidas, se tienen en cuenta los factores antes mencionados, en la selección de la oferta.

En este tercer requisito se hace referencia a un aspecto tratado en el laudo, y es la responsabilidad, que corresponde como lo establece la Ley en sus artículos 26, 50 y siguientes, a la responsabilidad exigida al contratista, y a la entidad contratante. En estos artículos se establecen puntos referentes a las actuaciones, las omisiones y demás que pueden realizar los intervinientes en el contrato y pueden ser causa de perjuicios, los cuales son ajenos o no correspondientes a las actuaciones reguladas y certeras para la realización de las obligaciones que se establecen a las partes.

Un punto que no puede ser pasado por alto es el concerniente a la responsabilidad en materia disciplinaria que se deriva de las actuaciones incorrectas de los funcionarios de la entidad, contenida en los artículos antes mencionados, las cuales pueden traducirse en destituciones, sustituciones y multas.

Este principio se basa en la finalidad social del servicio y por tanto la continuidad y calidad que debe presentar el mismo. Al respecto, encontramos en el laudo la exigencia de la condición profesional al contratista, en términos de experiencia, confiabilidad y cumplimiento. La doctrina¹¹² se refiere a que esta calidad de ser profesional debe ser aplicada sin distinción en los intervinientes del contrato en el cumplimiento de los términos del contrato y del servicio para el que se contrata; para el caso el servicio público de telecomunicaciones.

Deteniéndonos sobre esta especificación del carácter profesional del contratista, comencemos por una determinación del significado de profesión; la cual como sabemos corresponde al ejercicio público de una actividad, la cual en algunos casos esta predominada por el ejercicio de una actividad intelectual. El carácter profesional del contratista puede ser un factor determinante dentro de la escogencia de propuestas, la cual se realiza como antes mencionamos mediante un proceso de selección objetiva, en consideración de aspectos como la experiencia en el tipo de contrato a realizar. En este caso nos referimos a un profesionalismo en términos de experiencia en el medio conocida socialmente, lo cual esta claramente determinado ya que DFL es considerado uno de los

¹¹² SENTENCIA C - 093 7 DE MARZO DE 1.996.

pioneros del medio de la televisión, por su actividad empresarial, técnica de infraestructura y desarrollo, su carácter profesional además queda fielmente establecido mediante la celebración de los contratos con la CNTV, la cual siendo la entidad encargada de la revisión sobre la calidad del contratista para la celebración del contrato debió prever tal calidad, además de su capacidad de cumplimiento, su confiabilidad en términos de pagos, prestación del servicio y de cumplimiento siendo reiterativos.

La COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, como ente estatal, representante del Estado, a quien se le entregan las facultades y prerrogativas propias de la administración, la cual debe cumplir con las disposiciones y formalidades exigidas en la selección del contratista, basado siempre en el fin que le es propio al servicio, que no es otro que la satisfacción de las necesidades de los asociados en términos de calidad y continuidad siempre con miras al bien común.¹¹³ Tiene como obligaciones las referentes a la selección objetiva del contratista (en base al nivel profesional exigido para tal actividad como antes mencionamos),¹¹⁴ las actividades que permitan una prestación competitiva y eficiente del servicio (controlar, regular y vigilar), la colaboración con el contratista, corresponder al principio de confianza (amparado en el principio de buena fe),¹¹⁵ que ampara al convocante del proceso, y que en el contrato se refiere al mantenimiento de los beneficios establecidos en las cláusulas del contrato y de resarcir en caso de sobrevenir cualquier perjuicio al convocante cualquier daño causado.

Concluyendo; para la COMISIÓN NACIONAL TELEVISIÓN obligaciones como titular del servicio, como entidad delegada para tal fin por la Ley, que podía verse manifestado en la prevención, y establecimiento de medidas que contrarrestaran los efectos negativos que podía significar la entrada en funcionamiento de los canales privados, con medidas como el establecimiento de tarifas concordantes con la situación del mercado y el establecimiento de políticas más competitivas para el operador público. Para DIEGO FERNANDO LONDOÑO, la de tener una calidad profesional en la prestación del servicio, la de colaboración con la entidad en la prestación efectiva, eficiente y competente del servicio, lo cual podía apreciarse en la preparación de los espacios a emitir, y tomar medidas referentes a la entrada en operación de canales privados.

Ya en este tema se encuentra muy ligado el principio de buena fe, principio que puede ser definido en palabras del doctrinante Arturo Valencia Zea "indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de *fidelidad*, o sea, por medio de la *lealtad* y

¹¹³ SAYAGÜES LASO, citado en SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. Librería del Profesional, 1994, pág. 190.

¹¹⁴ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. Artículo 26. "1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato."

¹¹⁵ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 83. "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable.¹¹⁶

Y tal como lo menciona la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de agosto 2 de 2.001 "Este andamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico - constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, *grosso modo* presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la *bona fides* con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegociales y negocial...".

Aunque en el laudo se hace referencia a las cargas en cabeza de las partes no nos detendremos en este tema, y solo mencionaremos que se destacan las de legalidad, claridad, precisión, sagacidad y corrección.¹¹⁷ El Tribunal se refiere a que las partes tenían anticipadamente un conocimiento de los cambios que se presentarían en el sector, con la implantación legal de la libre competencia (Ley 335 de 1.996). También que la suerte que corriera uno de los contratantes, sería la suerte del otro.

Sobre el conocimiento que deben tener las partes de las condiciones que aparecerían en el mercado, es evidente y claro que las partes tenían conocimiento primero por el carácter legal que le antecedía con la expedición de la Ley 335 de 1.996, en segundo lugar debido a que la aparición de competencia nueva en el sector fue ampliamente conocida tanto dentro como fuera del sector, debido a la publicidad a nivel externo del sector, y en mayor medida dentro del mismo, donde por motivos que en simple lógica pueden preverse este tema tuvo que ser ampliamente tratado.

El cuarto requisito, aunque no obligatorio para todos los contratos, es el referente a la inscripción de los contratistas en el registro único de proponentes, el cual es realizado ante la Cámara de Comercio, y el cual tiene como finalidad la calificación y clasificación de los proponentes (Decreto 2170 de 2002). Este requisito es exigido solo para contratos de obra, de consultoría, de suministro y de compraventa de muebles. Este requisito como antes fue explicado se relaciona fielmente con el carácter profesional del contratista, por lo que no reiteraremos los puntos ya enunciados, y solo nos referiremos a que este registro se realiza sobre un formulario único, conforme con el artículo 22 del Estatuto General de Contratación, con base al cual dependiendo del tipo de servicio, bienes o de la obra que realice el contratista es clasificado y calificado, constituyendo esta certificación una forma probatoria de establecer sus facultades para contratar.

¹¹⁶ . VALENCIA ZEA. Op. cit. P. 204.

¹¹⁷ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 77. "De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y las actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."

Existen otros requisitos, que se suceden al unísono con el contrato y luego de la suscripción del mismo, que corresponden al cumplimiento de formalidades para la celebración del escrito del contrato, llevar a cabo lo en el estipulado, cumpliendo con lo establecido en su contenido, teniendo en cuenta la Constitución, la Ley, y el orden público.¹¹⁸

DFL, por su carácter profesional, tenía sobre sí un deber de diligencia, el cual recae sobre actuaciones determinadas que contribuían a establecer las condiciones actuales (antes de la celebración del contrato en el mercado) y posteriores, concordantes con la celebración del mismo, ya que este debía conocer, por su carácter profesional, tomando para esto medidas que fueran necesarias como conseguir la información que estuviera a su alcance realizar proyecciones técnicas, económicas y de mercadeo, que permitieran saber si el contrato le sería favorable o que medidas deberían ser tomadas para este efecto. El contratista debía saber que con la entrada en funcionamiento de los canales privados ocasionaría una división en el mercado publicitario lo que vería reflejado en una disminución en sus ingresos, por lo que debería implementar también medidas como un aumento en publicidad y estudios de mercado.

La CNTV, también debía prever esta circunstancia, mediante un estudio de mercado, ya que como entidad encargada del sector, esta obligada a informarse y mantener un mínimo de condiciones que aseguren un equilibrio para el contrato, ya que el fin que se persigue es el de prestar un servicio público, con una continuidad y calidad favorable para la comunidad, asegurándose que esto realmente suceda.

Tomar medidas económicas como una proyección tarifaria para evaluar los costos para la entidad, los montos que debía destinar para el mejoramiento del servicio, para hacerlo más competitivo, para cumplir con sus obligaciones, saber cuanto podía ser cobrado al contratista por la concesión del contrato y las consecuencias de la división del mercado. Con lo cual podría realizar un mejoramiento de sus instalaciones y equipo acordes con las necesidades reales del sector, las que no se limitan solo a este tipo de medidas, sino también, al igual que el contratista a la realización de campañas impulsando el operador y los canales, que por supuesto reciben por el sector de que se trata ingresos derivados de la publicidad y el "rating" de los canales.

El contratista solicita al Tribunal la declaración del incumplimiento de los contratos 029 y 155 por parte de la CNTV, lo cual le imposibilita la ejecución de los contratos, y por lo cual devuelve los espacios.

Por tal declaración de incumplimiento el pago de perjuicios ocasionados al contratista, estimados por el menor ingreso real que recibe estimado por peritos. Así mismo la devolución del mayor valor cobrado por concepto de tarifas, al que debió cobrarse en realidad.

¹¹⁸ RODRIGUEZ SANTOS, Op. cit. p. 115. ss.

El pago de las utilidades dejadas de percibir por el tiempo en que no pudo ejecutarse el contrato.

También piden la operancia de la compensación por cualquier monto que el convocante deba a la comisión, para declararse a este a paz y salvo con la entidad.

La entidad por su parte como se mencionó anteriormente declara al contratista como "incumplido y formula unas pretensiones previas, que son desarrolladas por el Tribunal en un aparte denominado "cuestiones previas", en el cual se desarrolla lo concerniente a las excepciones previas presentadas por el convocado, en las cuales en primera instancia menciona que el Tribunal no es competente para resolver el conflicto, ya que se realizaron actos administrativos los cuales contenían lo referente a la aceptación de renuncia del actor, el mandamiento de liquidación y la liquidación unilateral de los contratos, para lo cual basan sus argumentos en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (Sentencias del 23 de febrero y 25 de octubre de 2.000)

Sin embargo el Tribunal a pesar de que en una primera instancia se creería en la efectividad de tal reclamación, se presenta luego otro hecho que varía tal apreciación, y es que tales actos son realizados luego de ser comunicada la Comisión (memorial de 21-06-01) sobre su asistencia en el Tribunal Arbitral, para resolver el conflicto que se suscitaba entre ella y DFL, por lo cual en base a los artículos 116 y 228 de la Constitución Nacional, no era competente para expedir los actos aducidos, con lo cual el Tribunal concluye que la expedición de este acto es solo una forma de obstruir la realización de este proceso y el derecho constitucional que ampara al contratista de acudir a esta vía, el cual se encontraba previsto en la cláusula compromisoria. Lo anterior conforme a los artículos 29, 83, 209 y 229 de la Constitución Nacional, y la Sentencia del 31 de julio de 2.001 (Exp. 12793), de la Magistrada Ponente María Helena Giraldo del Consejo de Estado en su Sala Contencioso Administrativa, (la liquidación unilateral del contrato puede realizarse "hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, ...) y la providencia de la Corte Constitucional Sala Cuarta de Revisión, T - 121 del 22 de febrero de 2.002 (Exp. T-505327)

Y conforme también al principio de Publicidad el cual se encuentra descrito en el artículo tercero del Código Contencioso Administrativo, en el cual se hace referencia a la obligación de las autoridades administrativas de dar a conocer sus decisiones mediante los mecanismos y formalidades exigidos para tal fin por la Ley.¹¹⁹

En un segundo momento el demandado hace alusión a la falta de competencia del Tribunal por la ejecutoria de la aceptación de la renuncia del actor, lo cual en consideración del Tribunal es improcedente, ya que esta no es ni una decisión unilateral ni determina la fecha

¹¹⁹ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. " Art. 43.- Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto. (...) Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.

de terminación de los contratos, y además corresponde a la fecha de comunicación del actor, con lo cual concluye el Tribunal, que corresponde a la facultad de renuncia de los contratistas concesionarios que conforme a la Constitución y la Ley tienen sin que para hacer uso de ella sea necesaria ni una aceptación ni un preaviso, por lo que la Comisión era incompetente para la expedición de estos actos, salvo que se refiriera a acuerdos a que hubiera llegado las partes en razón al primero.

El Tribunal hace la aclaración, de que el contratante al liquidar el contrato, no está ejerciendo sus facultades exorbitantes, basando su precisión en lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de diciembre de 1.989, en donde se hablan de los poderes exorbitantes de la administración, concluyendo que estos son utilizados con la finalidad de dar una efectiva y correcta realización del contrato. Estas facultades exorbitantes de la entidad, como hemos podido apreciar en las consideraciones del Tribunal se ajustan a lo contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que los actos realizados por la entidad, están encaminados a dar por terminado el contrato, y no a continuar su ejecución o intentar realizarlo.

Acerca de la facultad de terminación del contratista, es importante resaltar que no está sujeta a formalidades tales como preavisos, o trámites especiales, siendo esta tal como lo menciona la Ley 335 de 1.996, en su artículo 17, un derecho subjetivo en cabeza del contratista, constituyendo una terminación anticipada del contrato con justa causa. Esto por supuesto (conforme a la Ley 680 de 2.001) derivado del tipo del contrato celebrado por las partes intervinientes en este proceso arbitral. Sobre esta terminación anticipada del contrato se refiere la Corte Constitucional en la Sentencia C - 445 de 18 de septiembre de 1.997, añadiendo que por ésta no se generan derechos de carácter indemnizatorio, sin que esto signifique que constituye una excepción al pago de perjuicios, cuando por el ejercicio de este derecho se presente un perjuicio. (Sent. C - 200 de mayo 13 de 1.998 de la misma). Otro punto que toca el anterior es sobre la resiliación, la cual se configuraría si luego de la renuncia, la administración se manifiesta aceptando tal acto, y tomando por tanto las medidas necesarias para dar continuidad al servicio público en condiciones de eficiencia y calidad. La realización de esta figura permitiría además de la solución pronta de los conflictos que se presenten, la tramitación de asuntos necesarios para la prestación del servicio, sin embargo el Tribunal establece que al imponer la entidad una fecha de terminación, el desarrollo natural de esta figura se ve trabado, con lo cual no se estaría en última instancia cumpliendo con las obligaciones provenientes de la prestación de un servicio que mira el interés general.

Corte Constitucional en la Sentencia C - 711 de 1.996

...

"la diferencia de procedimiento encuentra justificación en la obligación que tiene el Estado de promover y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos que son de su interés y específicamente en la prestación de los servicios públicos,..."

Acerca de las relaciones jurídicas manifiesta que se establecen entre el concedente y el concesionario, derivado del vínculo contractual que realizan con el Estado, de lo que se deriva que cualquier conflicto en virtud del contrato se dirime ante la jurisdicción contencioso administrativa. También habla de la relación que se genera entre el concesionario y el usuario, estableciendo que si la prestación se refiere a un servicio público de carácter obligatorio esta relación es reglamentaria y si es de carácter facultativo, será de naturaleza contractual. Sobre las relaciones del concesionario con su personal se llevan ante la jurisdicción ordinaria por su carácter privado.

El convocado interpone también la excepción previa de falta de jurisdicción del Centro de Arbitraje, basado en lo que la doctrina menciona como funciones administrativas de estos centros, sin embargo, el Tribunal basándose en esta misma fuente y en lo dispuesto en el Código Contencioso administrativo artículos 87, que señala la sujeción de los contratos y actos derivados de los mismos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 136 que se refiere al término de caducidad de las acciones, y en algunos de sus apartes lo señalado para los contratos estatales, de los cuales se evidencia que se esta dentro de los términos legales y bajo la jurisdicción administrativa, sin embargo y basados en el artículo 229 de la Constitución Política en el cual se expresa que "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia,..", lo cual encontramos discriminado también por la Corte Constitucional en Sentencia C - 037 de 1.996, del magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se menciona "Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado Social de Derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y los asociados.". En el artículo 116 de la misma en el que se señala en su inciso tercero, que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Con lo anterior concluimos que el Tribunal es competente para la administración de justicia, y gracias a lo contenido para el efecto en la Ley 80 de 1.993, para conocer de este tipo de conflicto en particular, por las materias que contiene y por ser fruto de las relaciones derivadas de un contrato estatal. Al respecto la Sentencia C - 242 de 1.997, de la Corte Constitucional, señala que las partes sujetas a un conflicto derivado de un contrato estatal, pueden de manera libre y voluntaria "someterse a la decisión de un Tribunal de arbitramento, a fin de que dirima el respectivo conflicto, en desarrollo del ejercicio espontaneo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, para que los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en su calidad de árbitros "habilitados por las partes", profieran sus fallos en derecho o en equidad, en los términos señalados por la Ley."

Otro aspecto relevante sobre la procedencia del Tribunal es el relativo a la realización libre y voluntaria de las partes en el contrato de una cláusula compromisoria, la cual conforme a lo establecido en la Ley 80 de 1.993 y la Ley 446 de 1.998, primando con tal estipulación

contractual el principio de autonomía de voluntad y sobre que las estipulaciones contractuales son Ley para las partes.

Acerca de la objeción presentada por el convocado de error grave a los peritajes realizados, conforme con lo considerado por el Tribunal, debe primero realizarse una ponderación del error para así establecer su magnitud, en caso de existir este, para lo cual debe determinarse si de existir el error este contiene vicios tales que le dieran la característica de grave, conforme a lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, interpretando lo contenido en la Sentencia del 17 de junio de 1.964, G. J. de la misma. Pág. 288, tomo 107. "significa que ha de ser protuberante, manifiesto, que pueda apreciarse a primera vista, sin necesidad de esfuerzo en el razonamiento. Lo segundo, implica que además el error guarde relación de causa a efecto...".

Luego de considerar esto y con base a que estos peritajes tuvieron una connotación más conceptual que técnica, esto sobre la base de los cuestionamientos presentados a los expertos, y siendo claramente lógico que ante cuestionamientos como los presentados a otros sujetos con las mismas calidades las respuestas serían muy similares, por lo cual de ser realizado nuevamente, sus conclusiones no serían notoriamente diferentes, por no decir que las mismas, sin mencionar la precisión que hace el Tribunal acerca de lo práctico que hubiera resultado una comparación sobre un modelo ideal, con lo cual cualquier tipo de examinación permitiría puntos más concretos y exactos sobre comparaciones de calidades y prestación de servicios. Luego de estas precisiones, puede verse por que estas objeciones no deben ser tenidas en cuenta, ya que no se ajustan ni a la configuración del error y tampoco en su categoría de grave.

"V. CAPÍTULO QUINTO: DECISION"

Contenido en el laudo pág. 117 y ss

"SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO"

El doctor Alvaro Mendoza Ramírez, presenta este salvamento parcial de voto, expresando el respeto al criterio de los otros árbitros que participan en el proceso, y refiriéndose a que lo presenta en base a la importancia que en materia doctrinaria puede tener este.

A pesar de encontrarse de acuerdo con la mayoría de las consideraciones presentadas, no se encuentra de acuerdo con una de las conclusiones a las que se llega en el laudo, que corresponde al reconocimiento por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN de la facultad de renuncia que ampara al actor, ya que no considera que el "inmediatamente" impuesto a la convocada respecto a la retoma de funciones derivado de la renuncia deba ser tomada en este estricto sentido.

El doctor Mendoza explica este punto en primer lugar reconociendo que a la facultad del actor de renunciar nace paralelo el deber de la convocada de aceptarlo, sin embargo y debido a que ésta se presenta de manera intempestiva, puede ser para la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN una situación difícil de afrontar, ya que como titular del servicio es la principal encargada de la continuidad de este servicio público, pero en condiciones que ofrezcan calidad y buen servicio para los usuarios, por esto a pesar de considerarse que esto puede ser "inmediatamente" realizado, en la práctica no lo es, ya que implica realizar diferentes actuaciones que aseguren efectivamente esa calidad en el servicio, como lo es la continuidad en los programas de unas características determinadas y de las franjas presentadas. Para el Árbitro es conveniente fijar un tiempo prudencial para las partes para la retoma del servicio, indicando que en su parecer este tiempo debe ser de un mes, con lo que igualmente incumple la convocada, pero no en el tiempo total que se le imputa. Aclara sobre tal punto el doctor Mendoza que la convocada igualmente tomó mucho más del tiempo prudencial para esta retoma del servicio, ya que esta debe estar preparada para tal evento, debido a que su actuación debe ser eficiente y eficaz (art. 209 C. N.)

Sobre el punto el Árbitro se basa en el Código Civil en sus artículos 1501, 1551 y 1603, en el Código de Comercio en su artículo 870 y en la Ley 80 de 1.993, para determinar que el plazo expuesto por él para la renuncia es acorde con la naturaleza del contrato en virtud de la buena fe aplicada a los contratos.

Respecto de los pagos que de esta consideración se derivan, afirma el doctor Mendoza que para la convocante, debió continuar con los pagos previstos por el término prudencial expuesto, y el no cancelar dichos valores da derecho a la indemnización de carácter moratoria, teniendo en cuenta que no pueden serle cobrados dineros frutos de una posible obtención de utilidades por la prestación del servicio luego de la renuncia, ya que como se demostró esta actividad derivada del contrato solo representaba pérdidas al contratista.

Sobre el caso que nos ocupa y debido a que los concesionarios no cuentan con capacidad decisoria en el manejo general ni administrativo, DIEGO FERNANDO LONDOÑO como comerciante, sufrió un daño por el servicio que prestaba sin que este daño haya sido causado por su culpa, y siendo las entidades del Estado las encargadas de tomar medidas oportunas para enfrentar cambios en el sector, medidas que se ven reflejadas en el cambio de tarifas y obligaciones para los contratistas, lo cual no cumple la COMISION NACIONAL DE TELEVISION, por lo que el contratista hace uso de la facultad jurisprudencial que se le otorga de renunciar al contrato.

El convocante, por tanto debe ser indemnizado, pero por supuesto teniendo en cuenta factores como el mencionado por el doctor Mendoza, acerca del tiempo prudencial para la retoma del servicio por parte de la entidad encargada.

La Ley 446 de 1.998 en su artículo 16, menciona los principios de equidad y reparación integral como principios que deben seguirse para la valoración de perjuicios que se generen a los particulares.

4.3 LAUDO ARBITRAL COMCEL Vs LA NACIÓN

4.3.1 Síntesis de la demanda La parte demandante COMUNICACIÓN CELULAR S. A. - COMCEL S. A., -, actuando mediante apoderado presenta demanda con base en:

Hechos presentados en la demanda pueden resumirse:

En los hechos primero a cinco la demandante presenta los hechos previos a la celebración del contrato así:

Se abre licitación pública número 046 de 1.993, por parte del MINISTERIO DE COMUNICACIONES, en la cual pueden participar las empresas estatales y las sociedades de economía mixta, que fueran especialistas en telecomunicaciones o concretamente en telefonía móvil celular. Estas empresas deben encontrarse inscritas en el registro de proponentes. La licitación tiene por objeto la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en áreas determinadas (oriental, occidental y consta Atlántica (Red A)). El pliego de la licitación, parte del contrato de concesión (004. de 28-03-94) conforme a la cláusula 37 del mismo contrato, pliego contiene en sus apartes, que el operador se encuentra regido por lo contenido en el Estatuto Tributario y complementarios, y por la legislación colombiana vigente al momento de la celebración del contrato. (sección III, N. 1.3.1 y 1.20.1)

En los dos hechos siguientes se menciona la sujeción al pago del impuesto de renta y complementarios, como sujetos pasivos que se constituyen, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Pero mencionan también la exención a la que se encuentran sujetas estas sociedades al prestar un servicio público esencial, entre los que se encuentra el de telecomunicaciones, por razón de orden público.

En cuanto a los hechos octavo a catorce, la demandante hace las siguientes afirmaciones: "teniendo la seguridad de que la sociedad de economía mixta que se constituyera con el objeto principal de prestar el servicio de telefonía móvil celular estaba exenta del impuesto sobre la renta y complementarios, se presentó la propuesta correspondiente, la cual una vez adjudicada por el Ministerio de Comunicaciones, derivó en la celebración del Contrato de Concesión No. 004 de 28 de marzo de 1994, para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular - Area Oriental - Red A". Agregando que cuando se encontraba ejecutando el contrato se modifica el Estatuto Tributario en su artículo 16, eliminando la exención que acogía a estas sociedades, a partir del primero de enero de 1996, a lo que la demandante afirma que la actuación del Estado constituye en consideración de la doctrina "hecho del príncipe" ya que esta actuación de carácter general, atribuida al Estado modifica de manera esencial las condiciones y formas sustanciales del contrato, "que enervó los factores de

lícito rendimiento que sustentaron el cálculo de las utilidades que producirían la realización y cumplimiento cabales del contrato".

Luego anota que intervinieron en la licitación en "calidad de sociedades de economía mixta", basados en la exención que cobijaba a tales sociedades, por lo que la demandante por medio de escrito y aclaratorio de fecha 17 y 24 de octubre de 1996, dirigidos al Ministerio de Comunicaciones solicita que se indemnice por la generación de una "ruptura de la ecuación financiera, equilibrio económico del Contrato", ya que el objeto especializado de las sociedades prestadoras de este servicio, hacen que sea "la única fuente de sus ingresos".

En los hechos quince a diecinueve, la actora afirma que respecto de su petición el MINISTERIO no se pronunció dentro del término legal establecido, por lo cual y conforme a derecho realiza escritura pública (267 de 27-01-97), en la Notaría 42 de Bogotá, para la protocolización de los documentos y constituir prueba del acaecimiento del silencio administrativo positivo, con lo cual se vuelven las cosas al estado anterior, antes de la supresión de la exención. Paso seguido remitió el 3 de febrero de 1997 los documentos de prueba del acaecimiento del silencio administrativo positivo, al MINISTERIO DE COMUNICACIONES, para que este conforme a la Ley diera "aplicación a sus efectos legales, complementándola con comunicación concerniente a cobro de reembolso de costo financiero de las autorretenciones efectuadas entre enero y junio de 1996". Pero esto no ocurrió, en cambio el MINISTERIO revoca el acto administrativo "presunto", el 1 de abril de 1997, (Res. 001835) sin comunicar al directo afectado (COMCEL) ni a terceros, por lo que no da cumplimiento a las formalidades legales, conforme a los registros de la entidad.

En los hechos veinte a veintitrés, se refiere a la sustentación en vías de hecho de la Resolución ministerial 01835, y no en razones legales que le proporcionen una "juridicidad, eficacia y existencia válidas". Menciona también que a pesar de encontrarse viciada esta Resolución, es notificada a COMCEL, razón por la cual esta empresa interpone recurso de reposición, a fin de agotar la vía gubernativa, y poder acudir a la vía jurisdiccional, lo cual ocurre con la negación del recurso el 13 de junio de 1997 (Res. 2912). Anota que al haber actuado negligentemente, el MINISTERIO viola el debido proceso y el derecho de defensa.

En los hechos veinticinco a veintisiete, la demandante afirma la realización de conversaciones y estudios entre las partes, que tenían como finalidad llegar a un acuerdo acerca del equilibrio económico del contrato (13 de agosto y 28 de septiembre de 1998), sin embargo esto no es posible, razón por la cual complementan la cláusula compromisoria y deciden acudir a un tribunal de arbitramento para que esta decida sobre el "restablecimiento de la situación existente al perfeccionamiento del contrato 004 de 28 de marzo de 1994".

De las pretensiones presentadas por el actor se rescatan:

En las pretensiones primera a tercera, solicita que se declare; la presencia del silencio administrativo positivo (Ley 80/93 artículo 25), de las peticiones realizadas por COMCEL,

(escritos 17 y 24), protocolizadas en escritura pública (267 de 27-01-97), en la Notaría 42 de Bogotá. Y sobre la base de dicho acto administrativo positivo, que el MINISTERIO: Reconozca a COMCEL todos los pagos realizados por concepto de impuesto de Renta por la actora y los costos financieros que se generen.

La adopción del MINISTERIO para realizar el reconocimiento antes mencionado de los siguientes puntos: "Trimestralmente COMCEL liquidará todos los costos financieros o desembolsos efectivos derivados del pago de autorretenciones o impuesto a la renta. La suma resultado de dicha liquidación se descontará de la tasa periódica trimestral a pagar al Ministerio de Comunicaciones. Si la suma liquidada resultare mayor al valor de la tasa periódica por un período correspondiente, la diferencia se sumara en próximas liquidaciones hasta que sea compensada totalmente; (iii) declarar que, de manera independiente a las anteriores solicitudes, el Ministerio ordene el reembolso en favor de COMCEL de la suma de CIENTO QUINCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$115.395.925.00)".

Que el reconocimiento que realice el MINISTERIO corresponda a un término que va desde el 1 de enero de 1996 hasta la terminación del contrato y sus prorrogas.

En las pretensiones cuarta y quinta, solicita que se declare la obligación del MINISTERIO de reconocer las sumas antes mencionadas y que aun no han sido pagadas, ajustándolas a la fecha de pago efectivo, en base al Índice de Precios al Consumidor, realizado por el DANE, dentro del tiempo establecido, conforme al artículo 178 del C. C. A. y condenar al MINISTERIO al pago de las costas del proceso arbitral y de las agencias de derecho.

De las primeras pretensiones subsidiarias formuladas por la demandante se destacan:

La declaración de la nulidad absoluta del acto administrativo que contienen las Resoluciones 001835 y 2912 de abril 1 y junio 13 de 1997 respectivamente. (C. P. C. art. 100 y 145) por ser proferidas por el MINISTERIO con fundamento en "vías de hecho inexcusables y evidentes".

En la primera y segunda pretensión subsidiaria; Con base en la Ley 182 de 1.995, que no se cumple con el nivel de eficiencia exigido, como tampoco el cobro tarifario. A consecuencia de esto y con fundamento en las pruebas que se aporten y realicen se establezca el verdadero valor que la Comisión Nacional de Televisión, debió cobrar al actor sobre la base del servicio que se presto y lo dispuesto en la Ley.

En la tercera pretensión subsidiaria se solicita; la liquidación de los contratos suscritos por las partes número 029 y 155, basando tal petición en la tarifa real que debió ser cobrada, solicitando también la realización de pagos, devoluciones y compensaciones a que haya lugar.

Se rescata de las segundas pretensiones subsidiarias presentadas por la demandante:

La declaración de ruptura económica del contrato de concesión No. 004 del 28 de marzo de 1.994 celebrado por el MINISTERIO y COMCEL. Así como también la declaración de que este desequilibrio surge como consecuencia de la revocatoria del acto administrativo "presunto" protocolizado en la escritura pública 0276 de enero 27 de 1.997 (Notaria 42 de Bogotá), que volvía las cosas al estado anterior a la Ley 223 de 1.995 en su artículo 60.

Condenar al MINISTERIO al pago a favor de COMCEL de las sumas que esta última tenía a su cargo por concepto de impuesto de Renta y complementarios entre el 1º de enero de 1.996 hasta la ejecución del laudo. Así como el pago por concepto de reembolso de estas sumas ajustado al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE conforme al artículo 178 del C. C. A. También que se condene al pago de las costas del presente proceso.

Ordenar al MINISTERIO DE COMUNICACIONES a tomar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión por el periodo que va desde la fecha de ejecución del laudo, hasta la terminación del contrato y sus prorrogas, en base a las medidas propuestas en el acto administrativo "presunto" protocolizado en la escritura pública 0276 de enero 27 de 1997 (Notaría 42 de Bogotá), o del mecanismo propuesto por el Tribunal.

4.3.2. Síntesis de la contestación La parte demandada LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Actuando mediante apoderado contesta:

Propone como excepciones previas:

La incompetencia del Tribunal, en base a la improcedencia de la declaración de inexistencia de los actos administrativos y de la vía de hecho aducida, que no es viable el silencio administrativo positivo que propone la actora y en la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos que revocan y los efectos que de ellos se desprenden.

En cuanto a las pretensiones realizadas por COMUNICACIÓN CELULAR - COMCEL, La NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES se opone a todas y cada una. Y respecto a los hechos presentados por el demandante responde:

Los hechos primero a séptimo son ciertos, realizando una aclaración, sobre el alcance de la oferta, y es que ésta solo puede estudiarse en base a un análisis íntegro de las condiciones contenidas en el pliego. Y que por obvias razones el MINISTERIO no podía asegurar que no existirían cambios en la legislación tributaria, además de agregar que conforme con la Corte Constitucional, los aspectos tributarios no generan derechos adquiridos futuros.

No le constan los hechos octavo y doceavo, ya que las consideraciones o negociaciones de los proponentes son de carácter privado, afectando por tanto solo a éstas y en nada al Estado, en su propuesta o la relación que tienen.

En cuanto a los hechos noveno a once, afirma que no son ciertos, en primer lugar por la facultad constitucional de carácter impositivo, la legislación colombiana decide con la expedición de la Ley 223 de 1.995 eliminar la exención que acogía a **todas** las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta. En segundo lugar dicha facultad no genera un desequilibrio económico de los contratos estatales, particularmente del 004 de 1994.

También afirma que no son ciertos los hechos trece a veintitrés, ya que consideran que no proceden ni las peticiones de indemnización conforme a los motivos expuesto por COMCEL del contrato 004/94, ni la existencia del equilibrio económico es un tema que procede, como tampoco la aplicación del silencio administrativo positivo.

De los hechos veinticuatro a veintisiete, se refiere a que las conversaciones no prosperaron en base a que como se le hizo saber a la demandante, la conciliación que solicitaban no procedía para el caso que ocupa.

El Ministerio de Comunicaciones presentó demanda de reconvención, la cual fue reformada. De la reforma de la demanda de reconvención y la contestación podemos mencionar:

DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Las pretensiones presentadas en esta demanda de reconvención pueden resumirse así:

Pretensiones principales:

La declaración de ejecutoria y vigencia de los actos administrativos que contienen las resoluciones 01835 (01-04-97) y 2912 (13-06-97) ya que como todos los actos administrativos goza de presunción de legalidad y mientras no sea declarado nulo o suspendido provisionalmente, por autoridad competente, es de obligatorio cumplimiento. Por lo anterior declarar la inexistencia del "acto presunto" que se deriva del silencio administrativo positivo, que COMCEL protocoliza en escritura pública.

Pretensiones subsidiarias

Primera: Declarar la inexistencia del "acto administrativo presunto" derivado del silencio administrativo positivo protocolizado por COMCEL "por cuanto sobre tal solicitud formulada por COMCEL y con ocasión del contrato 04/93 la ley no tiene prevista la configuración del silencio administrativo positivo."

Segunda: Declarar la nulidad del "acto administrativo presunto" derivado del silencio administrativo positivo, protocolizado por COMCEL "por haberse producido dentro de un trámite que no puede conducir al reconocimiento de ruptura de equilibrio económico dada la naturaleza del contrato."

Tercera: "Que no existió ruptura del equilibrio económico del contrato 004/94 en razón de la expedición de la ley 223 de 1995 (artículo 60) y que, por consiguiente COMCEL no adquirió derecho alguno reclamable ante el Ministerio de Comunicaciones por esta causa."

Pretensión adicionada en la reforma: Declarar la alteración del equilibrio económico del contrato 04/94 por la excesiva onerosidad que conlleva para el Ministerio cumplir con sus obligaciones contenidas en el contrato a raíz de la expedición de la Ley 422/98 "por la cual se modifica parcialmente la ley 37/93 y se dictan otras disposiciones."

A consecuencia de lo anterior que los árbitros restablezcan el equilibrio económico del contrato, mediante el reconocimiento de las sumas dejadas de percibir por el Ministerio debido a este desequilibrio durante la ejecución del contrato, reconocimiento que debe realizar COMCEL S. A.

Los hechos en los que se funda son:

El Congreso de la República expide el 13 de enero la Ley 422 de 1998, "Por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones."

Esta ley en su artículo 4° dispone:

"En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial."

Lo que en palabras del actor significa "que, en virtud de disposición legal, se eliminó la obligación del concesionario de devolver o mejor, revertir, las redes y equipos afectos a la prestación del servicio."

El contrato 004/94 en su cláusula 33 contiene: " REVERSIÓN: Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la Nación - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna. (Sic.)"

De los anteriores hechos se aprecia el cambio en las condiciones económicas del contrato en términos de mejoramiento de las condiciones para el contratista y en desmejoramiento y detrimento para la entidad, ya que los elementos que se encontraban afectados con la reversión dejan de estarlo con la expedición de la Ley, con lo que se rompe el equilibrio económico, ya que las condiciones económicas del contratista mejoran por la suma de los bienes que recibe y no tiene obligación de revertir y el detrimento de esta suma que sufre la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

La parte demandada en reconvención se opone a todas las pretensiones presentadas por la demandante.

En cuanto a los hechos se refieren así:

Los hechos primero a cuarto son ciertos, precisando que conforme a las afirmaciones presentadas en la contestación a la demanda y en la demanda de reconvención, no hay duda que el contrato celebrado entre el Ministerio y Comcel, es un "**contrato de concesión para la prestación de un servicio público.**"

Agrega también que no procede la contestación ya que en Sentencia del 11 de junio de 1.998 esta ya fue decidida, en la que se declara la nulidad de la cláusula 36 del contrato 04/94, en la que se consagraba el derecho de la entidad de declarar el incumplimiento del contrato por medio de acto administrativo, y así mismo imponer multas.

Aclara que la cláusula en cuestión es resultado de lo consagrado en el artículo 19 de la Ley 80, y no del acuerdo expreso de las partes, lo cual sustentan en la Ley 37 de 1993 art. 1º, mencionando que durante este periodo existía una obligación legal de pactar la cláusula de reversión en los contratos. Igualmente hacen referencia a que en la actualidad se dispuso de manera legal que en los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, solo deben revertirse al Estado las "frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio", con lo cual se modifica el artículo 19 de la Ley 80/93 y el 39 de la Ley 142/94.

Respecto al cuarto, no es cierto. Precisando lo que a continuación transcribimos:

"el derecho a la reversión no lo tenía el Ministerio de Comunicaciones en virtud del contrato de concesión No. 004 de 1994, sino como consecuencia de la disposición contenida en la Ley 80 de 1993, a la cual remite la Ley 37 de 1993 por mandato de su artículo 3. Adicionalmente en el presente evento no puede el Ministerio de Comunicaciones sostener que por un "hecho legislativo se rompió el equilibrio económico del contrato siendo afectada la ecuación financiera del mismo en perjuicio del Ministerio de Comunicaciones, puesto que se le priva del derecho "a recibir tales bienes, cuyo costo tuvo que tener en cuenta el concesionario en su propuesta.", conforme más adelante se explica en esta contestación. Vale la pena simplemente registrar, como la señora del Ministerio de Comunicaciones vuelve nuevamente a darle la razón a las pretensiones de Comcel, en el sentido de que al contrato de concesión No. 004 de 1994 le es plenamente aplicable el contenido del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manifiesta contradicción a lo sostenido en la contestación a la demanda y en la demanda de reconvención que modifica."

4.3.3 Análisis del laudo

"ANTECEDENTES"

"1. LAS CONTROVERSIAS"

El 18 de noviembre de 1998, las partes en lo que denominaron "ACTA DE DESACUERDO Y DE COMPLEMENTACIÓN (Sic) CLAUSULA COMPROMISORIA CONTRATO DE CONCESION 004 DE 1994" acuerdan:

Acudir a un Tribunal de Arbitramento para solucionar los conflictos que se presentan durante la ejecución del mencionado contrato, conforme a la Ley 446/98.

El Tribunal de Arbitramento se integrará por tres árbitros y el fallo será en derecho conforme a lo acordado en la cláusula compromisoria del mismo contrato. Se fija como sede del Tribunal la ciudad de Santafé de Bogotá D. C. y el trámite se realizará conforme a la Ley 446/98 en base a las reglas del arbitraje legal.

" 5. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL "

Se efectúa la audiencia de instalación del proceso arbitral el 30 de junio de 1.999.

Se establecen las obligaciones correspondientes a las partes por concepto de emolumentos.

Se realiza la primera audiencia de trámite el 6 de octubre de 1.999.

Sobre la base de la fecha de realización de la primera audiencia de trámite, y conforme a la Ley el plazo de realización de este procedimiento es de seis meses, con lo cual el Tribunal puede referirse al mismo por encontrarse dentro del término establecido.

"9. PRUEBAS PRACTICADAS"

Decretadas de oficio, los documentos que acompañan la demanda y los oficios mencionados y a petición de parte, se recibieron testimonios y se realizaron peritajes.

"V. CONSIDERACIONES"

"1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL"

El Ministerio afirma que el Tribunal no es competente para resolver el conflicto, ya que lo que se hace es solicitar la declaración de validez de actos administrativos "supuestos" afirmando que no hay una acción para la declaración de inexistencia de actos administrativos.

En el laudo se hace referencia al contenido en la Ley 80/93, en su artículo 70, conforme al cual las partes de un contrato de carácter estatal, pueden convenir en el mismo acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver los conflictos que se presenten en razón del mismo, mediante la realización de una cláusula compromisoria. Para el caso las partes del contrato 004/94 convienen una cláusula compromisoria en la cual los conflictos que se presenten y que no puedan ser resueltos de manera directa podrán acudir a un Tribunal de Arbitramento, con el fin de que los inconvenientes sean solucionados. Establecen que el tribunal será en derecho, integrado por tres árbitros, y sujeto a la legislación actual.¹²⁰

Al respecto el Tribunal establece que es competente para resolver el conflicto, basado sobre todo en la pretensión pecuniaria que pueda restablecer el equilibrio económico del contrato, que versa sobre la devolución de las sumas que corresponden al pago de la retención en la fuente, del impuesto de Renta y complementarios; lo anterior, debido a la expedición de una Ley durante la ejecución del contrato, en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1.996 y la fecha de ejecutoria del laudo.

La demandante además solicita la declaración de inexistencia de los actos que revocan el acto administrativo "presunto", del que solicita la declaración de existencia y firmeza, en base a la configuración del silencio administrativo positivo. De no ser así solicita que se declare la nulidad de estos actos revocatorios, con la consecuente petición del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Por su parte la convocada se opone a lo pretendido por la convocante en su totalidad y solicita la declaración de que durante la ejecución del contrato se presentaron circunstancias imprevistas, que alteraron el equilibrio económico del contrato, en forma desfavorable para el Ministerio de Comunicaciones, debido a la expedición de la Ley 422/98.

Solicita también la declaración de inexistencia del acto administrativo "presunto" resultante del silencio administrativo positivo. En caso de no ser así, la declaración de nulidad del mismo acto, y se oponen a la pretensión de restablecimiento de equilibrio económico del contrato a favor del convocado.

Al respecto el Tribunal menciona en primer lugar, que es competente para resolver este conflicto, refiriéndose a las excepciones propuestas por las partes, resolviendo las pretensiones de carácter económico que se contienen en las actuaciones de las partes, y que se derivan del examen de la ruptura del equilibrio económico del contrato, conforme siempre a las leyes 80/93 y 446/98.

Por lo anterior conforme al establecimiento, legalidad y puntos sobre los que se manifestara el Tribunal puede establecerse la competencia del Tribunal.

¹²⁰ Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación. Mayo 10 de 2.000. Folio 2.

"2. CONSIDERACIONES SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL"

"2.1 Silencio administrativo positivo"

Conforme expone el contratista, para presentar su propuesta se constituye en una sociedad de economía mixta, cuyo objeto social sería la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con lo cual estaría acogido por la exención tributaria (conforme a este Estatuto) referente al pago del Impuesto de Renta y complementarios. Por esa razón y conforme le es otorgada la concesión, efectúa los pagos derivados de ese contrato. Sin embargo más adelante esta disposición cambia con la expedición de la Ley 223 de 1.995, la cual en su artículo 60 modifica lo contenido en el Estatuto Tributario respecto de la exención, privando de ésta figura a las sociedades de economía mixta que prestan el servicio mencionado, con lo cual se afecta de manera importante el contrato de concesión celebrado. Por esta razón el contratista considera que se produce la figura conocida como "hecho del príncipe", es decir que el Estado produce un acto general que modifica de manera sustancial las condiciones del contrato.¹²¹

En base a esta modificación, el contratista solicita al Ministerio de Comunicaciones, una indemnización como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato; solicitud plasmada en el escrito y su modificatorio de fechas 17 y 24 de octubre de 1.997, respectivamente. Solicitudes a las que la entidad no da respuesta, y conforme al contratista se configura por este hecho el silencio administrativo positivo de las solicitudes presentadas, las cuales protocoliza mediante la escritura pública 0267 (Notaría 42, Santafé de Bogotá) conforme a la Ley.

Declara también COMCEL, que el Ministerio de Comunicaciones mediante la resolución 001835 (01-04) y su confirmatoria 2912 (13-06), revoca el acto presunto derivado del silencio administrativo positivo, sin cumplir con las formalidades exigidas por la Ley, como es la notificación al afectado sobre el objeto y la eficacia de estos actos, para así poder ejercer su derecho de defensa, con las actuaciones pertinentes, razón por la cual el mismo solicita al Tribunal la anulación de las Resoluciones, ya que son violatorias del debido proceso y del derecho de defensa.

Anota el Tribunal que como puede constatarse en autos, la Resolución aludida fue recurrida, por medio del recurso de reposición, siendo confirmada.

El Tribunal menciona también que conforme con el Consejo de Estado, puede interpretarse alternativamente la Ley 80 de 1.993, en lo referente al silencio administrativo positivo. De una parte puede decirse que el silencio administrativo positivo no es aplicable en lo

¹²¹ Demanda, hechos, numeral 10. Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Ibid. Folio 9.

referente al rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. De otra, que si esta procede ocurre bajo circunstancias específicas, de las que luego se hará referencia.

"c) La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de silencio administrativo positivo". El Tribunal presenta dos tesis jurisprudenciales que aporta el Consejo de Estado, a saber:

Primera tesis:

Para ésta se sustenta en el auto de 7 de octubre de 1.999 (Exp. 16165) del Consejo de Estado, la cual se refiere a que para que el silencio administrativo positivo se configure debe responderse pasados los tres meses que fija la ley, una petición solicitada por el contratista, cuando esta solicitud verse sobre asuntos del contrato que a su vez repercutan en el contratista y no a la contratante, y sea conforme a derecho. Si la solicitud versa sobre asuntos diferentes al mencionado, entonces no se configura. Expresa que entender otra cosa se traduce en que el contrato "se lesionaría porque la petición del contratista, no respondida a tiempo, podría, en algunos eventos, conducir a la variación de las reglas negociales: por ejemplo cuando pidió el aumento del plazo, la variación económica en su favor, la reducción o extensión del objeto, la interpretación del contrato, etc., ¿la no respuesta del contratante significa que éste decidió favorablemente? La Sala considera que la respuesta es negativa. El contratista si bien tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición- no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público., etc."

Lo mencionado se basa en que en contratos administrativos como en privados, la voluntad de las partes, o la aceptación de una propuesta conforme a la ley, es lo que configura la ocurrencia de obligaciones en cabeza de los obligados, y que el silencio administrativo positivo no implica la aceptación de las peticiones del contratista, ya que va en contra del acuerdo de voluntades.

Esta tesis sustenta también que no limitar el alcance y finalidad del silencio administrativo positivo en el campo de la contratación significaría el nacimiento de derechos para el contratista que solo pueden proceder del contrato o de una decisión judicial, ya que ésta se encuentra sujeta a los principios del derecho público y debe sujetarse a la naturaleza de los contratos o de la Ley.

Para el Consejo de Estado, esta figura no puede ser utilizada para resolver los conflictos que versen sobre la esencia del contrato, como lo es el plazo, el precio o las condiciones de las prestaciones, ya que éstas deben ser resueltas mediante acuerdo de las partes o de decisión judicial, o por los mecanismos alternativos de solución de conflictos, conforme a la Ley 80 de 1.993.

El Consejo de Estado menciona que el silencio administrativo positivo no es general, y está sujeto a condiciones determinadas y más en derecho administrativo. Se refiere también a

que como condición adicional para que este silencio se presente en materia de contratación administrativa, debe a la solicitud acompañarse las pruebas de configuración del derecho y no solo el término legal previsto.

Así mismo, el Consejo de Estado señala, que no es posible utilizar el silencio administrativo positivo para no cumplir con lineamientos legales respecto a etapas y condiciones, en detrimento de la posibilidad de la otra parte, de utilizar los mecanismos legales.

El Tribunal adiciona que conforme a esta tesis no puede declararse la obligación económica de la entidad contratante, derivado de la presunta ruptura del equilibrio económico del contrato en cuestión, y que el contratista no presenta recursos suficientes para que se presente tal figura.

Concluye también el Tribunal que no procede la revocatoria del acto "presunto" derivado del silencio administrativo que no se configura, por lo cual el Tribunal aclara que lo único que sería sujeto de decisión, corresponde a la ruptura del equilibrio financiero del contrato, que no acepta la administración.

En el laudo el Tribunal menciona lo consagrado en la Ley 80 de 1.993, en cuanto a la forma en que las partes deben solucionar un conflicto surgido a raíz del rompimiento del equilibrio económico del contrato, el cual lejos de ser una solución unilateral (como el silencio administrativo positivo), lo que contiene es la manera específica como debe ser solucionado tal inconveniente y que corresponde a un acuerdo expreso (escrito y pactado) de las partes y que de no haber acuerdo puede acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos.¹²²

Segunda tesis

Esta tesis, tomada también del Consejo de Estado, contraria a la anterior, precisa que la Ley 80 de 1.993, puede ser aplicada para resolver lo concerniente a la indemnización por el rompimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando se relacione con el precio de éste.

Presenta para este efecto lo contenido en el artículo 25 numeral 16 de la citada ley, en el que se establece que "en las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo". De donde se extrae que se refiere a todas las solicitudes presentadas durante la ejecución del contrato con la precisión que deben resolverse conforme a la ley antes citada.

¹²² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. artículo 68.

De la misma ley se cita el artículo 27, el cual se refiere a que de ser roto el equilibrio económico del contrato, deben entonces las partes lo más rápido posible, tomar medidas para restablecerlo, para lo cual realizarán todos los acuerdos que sean necesarios a cerca de la "cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar...". Lográndose con lo anterior la finalidad perseguida.

Conforme a las tesis expuestas del Consejo de Estado, puede el Tribunal establecer que no se configura el acto "presunto" que se deriva del silencio administrativo positivo, por lo cual niega la pretensión principal de la demanda, afirmando que no se produce el silencio administrativo positivo y que además no tienen eficacia jurídica los actos del Ministerio de Comunicaciones, ya que no existe materia sobre la cual manifestarse. (Por lo cual se niegan las pretensiones 2, 3, 4 y 5 principales que se fundamentan en la primera.)

"2.2 El equilibrio económico del contrato"

"2.2.1 Consideraciones teóricas sobre el equilibrio económico del contrato"

El Tribunal nos menciona que éste principio general tiene como finalidad el mantenimiento económico del contrato durante toda su ejecución, refiriéndose además, que en materia administrativa, las prestaciones a que tiene derecho el contratista se ven garantizadas en tanto que en caso de existir sobre tales prestaciones una disminución, estas serán restablecidas conforme a la Ley.

El Tribunal además realiza una pequeña síntesis evolutiva sobre el principio antes mencionado, comenzando con la Ley 4a. de 1.964, la cual en el artículo 4º, referido a los contratos de obra a "precio alzado o precios unitarios" la posibilidad de revisar, en el evento de haberse variado el beneficio del contratista, por un o unos eventos significativos.

Luego con la Ley 36 de 1.966, aparece la figura de la compensación, la cual consistía, en la utilización de contratos adicionales para contrarrestar los imprevistos del contrato principal.

Nos menciona luego el Tribunal la Ley 80 de 1.993, en varios de sus artículos, como lo son el 3º, 4º, 5º y 27. Los tres primeros referidos a la garantía del derecho del contratista a la protección de sus prestaciones en materia de contratación administrativa, las obligaciones de la entidad a mantener las condiciones económicas del contrato (propuesta y ejecución) y el derecho que asiste al contratista de recibir el pago de sus prestaciones y en caso de ser vulnerado el equilibrio económico, a que éste sea restablecido. El último artículo es de gran importancia, ya que se refiere a la consagración del principio como tal. Este artículo nos menciona que "En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado,

las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento." Y la forma como se llevará a cabo tal restablecimiento.

Del artículo anterior puede verse que existe una diferencia cuando el equilibrio económico del contrato se rompe por circunstancias imputables a las partes, tales como los poderes exorbitantes en cabeza de la administración, la cual en caso de utilizarlas, debe indemnizar al contratista por el detrimento que sufra o las nuevas cargas que se le impongan, cumpliendo con el principio de equidad, y conforme a las leyes 19 de 1.982 y 80 de 1.993, que consagran esta obligación de la administración por la utilización de sus potestades extraordinarias. Y por causas ajenas a las partes, que es el caso que menciona el artículo 27 antes citado.

Realizando una pequeña mención de este punto en materia civil, nos presenta el Tribunal la Sentencia del 11 de marzo de 1.972, del Consejo de Estado, en la cual se refieren a los intereses de las partes en el sentido de que "...si bien el rol del particular es colaborar con la administración en la consecución del interés público, la utilidad que él busca al contratar debe garantizarse en todo momento; por ello el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene derecho a ser restablecido en su interés económico...".

"a) El hecho del príncipe"

Nos presenta al respecto la definición de este hecho en dos sentidos: en un sentido lato y uno restringido, acudiendo para su definición a la que realiza André Laubadère en su libro *Traité des Contrats Administratifs*¹²³. En primer lugar respecto del sentido lato de este menciona el citado autor "toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado el afectar de cualquier manera las condiciones jurídicas o aún solamente las condiciones de hecho en las cuales un contratista de la administración ejecuta su contrato.". el segundo que mira la fuente de la que se deriva y los efectos que produce nos dice que "Es una medida tomada por la autoridad contratante, que afecta las condiciones de ejecución del contrato.".

Así mismo el Consejo de Estado en la sentencia de septiembre 20 de 1.979, afirma que "Cuando la causa de la agravación consiste en un acto de la propia administración contratante, o en un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que a la figura se le denomine hecho del príncipe...".

En el laudo se hace mención también del concepto del Consejo de Estado sobre los actos a los cuales se les aplica este hecho, que corresponden a los generales, tesis concordante con lo expuesto por Marienhoff.¹²⁴

¹²³ DE LAUBADÉRE, André. *Traité des Contrats Administratifs*, tomo II. Segunda edición. L. G. D. J., 1.984, pág. 516 y ss. Citado en: Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. *Ibid.* Folio 35.

¹²⁴ Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. *Ibid.* Folio 36.

"b) El "hecho del príncipe" por actos generales y particulares"

En este aspecto se analiza si el "hecho del príncipe" puede originarse de actos generales y de particulares, para lo cual se precisará:

1. De los actos generales

En esta se menciona la concepción anterior que distinguía los actos que servían de fuente a la responsabilidad por el hecho del príncipe y a la teoría de la imprevisión, siendo fuente para el primero los actos particulares y para el segundo los generales.

En la actualidad la jurisprudencia y la doctrina consideran que de manera excepcional sirve de fundamento para la completa indemnización el "hecho del príncipe".

El Tribunal menciona que la doctrina presenta de manera importante precisa con base en la jurisprudencia los siguientes aspectos:

La diferencia en primer lugar entre "medidas generales que afecten el contrato" las cuales se refieren a medidas tanto legislativas como administrativas que tienen por objeto la modificación, paralización o inaplicación de condiciones de contratos administrativos específicos o la terminación anticipada. En estos eventos y con el cumplimiento de los requerimientos legales, el contratista puede pedir la indemnización de los perjuicios que le han causado (salvo disposición legal contraria) para restablecer el equilibrio económico del contrato, en base al hecho del príncipe. En segundo lugar "las medidas generales que afectan las condiciones de ejecución del contrato" que corresponden también a las medidas generales, legales o de la administración, que aunque no afectan las condiciones contractuales, si dificultan o hacen más oneroso el mismo y sobre los cuales debe examinarse si constituye o no un hecho del príncipe.

La determinación de la "regla general", consistente en la no indemnización, con fundamento en las medidas de carácter general. Para el caso se presenta a manera de ejemplo lo señalado por Laubadére, como lo es el aumento pecuniario en materia de impuestos generales.

"Los casos de excepción" a la regla general, los cuales como se mencionan en el laudo consideran la posibilidad de "la indemnización en ciertas condiciones excepcionales, cuando ellas "quebrantan la economía del contrato"; es decir, si se presenta una ruptura del contrato y se cumplen las demás condiciones, es posible reclamar, en este caso, el beneficio de la "teoría de la imprevisión", o, según algunos, por efecto del "hecho del príncipe". La doctrina presenta algunos eventos en los que se puede configurar excepciones, como lo es el contener el mismo acto mención de la indemnización, o por previsión de esta posibilidad en el pliego de condiciones, conforme a la expedición de medidas generales. Etc.

2. De los actos particulares

La regla general es que deben ser indemnizadas todas las medidas tomadas por las autoridades administrativas, que sean contratantes y que afecten las condiciones del contrato (por tener repercusión en las cláusulas del mismo) o su ejecución, configurando el hecho del príncipe. Se mencionan algunos eventos que hacen parte de esta como las medidas correspondientes a la dirección y control en la ejecución del contrato.

Concluye el Tribunal mencionando que respecto del hecho del príncipe la doctrina considera que procede la indemnización al contratista por los actos generales o particulares de la administración contratante que afectan el equilibrio económico del contrato, para restablecerlo. Menciona que las medidas particulares, que permiten en principio la configuración del hecho del príncipe y su indemnización, para así restablecer el equilibrio económico del contrato, respecto a los actos generales, que en un comienzo no son aptas para la configuración del hecho del príncipe, pueden de manera excepcional constituirlo y ser la fuente de configuración del mismo, cuando se afecten el contrato o sus condiciones de ejecución. Así mismo que para que esta medida general genere responsabilidad de la entidad al restablecimiento debe concurrir:

- "a) Que se haya expedido una medida de carácter general.
- b) Imprevisibilidad de la disposición de carácter general causante del daño.
- c) Su imputabilidad a una autoridad pública; (...)
- d) La demostración por el contratista de que la medida de la autoridad pública que invoca como fundamento de la indemnización ha quebrantado la economía del contrato, causándole un perjuicio cierto y directo en relación con el contrato mismo o con su ejecución."¹²⁵

"2.2.2 Consideraciones sobre la naturaleza del contrato"

"Régimen Jurídico del Contrato"

El Tribunal hace mención a los eventos ocurridos antes de la celebración del contrato 004 de 1.994, y a su celebración, el cual conforme a su contenido (cláusula 40) se encuentra sometido a las leyes nacionales y la jurisdicción de la República.

Menciona también aspectos normativos aplicables al contrato y al servicio de telefonía móvil celular que prestará, como lo es la Ley 72 de 1.989, la cual en su artículo 5°, en

¹²⁵ Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Ibid. Folio 39.

consonancia con lo contenido en la Constitución Nacional (art. 353), consagran que la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto Reglamentario 741 de 1.993 en su artículo 20, y la Ley 37 de 1.993 en su artículo 3°. La cual nos presenta también la definición de la telefonía móvil celular mencionando que "es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en que la parte del espectro radioeléctrico asignado, constituye su elemento principal.". Sobre la definición, como servicio básico de telecomunicaciones se pronuncia también el Decreto Reglamentario 741 de 1.993, en su artículo 4°, y en su artículo 5°, en consonancia con lo contenido en la norma anterior se menciona la propiedad exclusiva del Estado sobre el espectro radioeléctrico, siendo este un bien público.

La Ley 80 de 1.993, en el artículo 33 hace referencia a las telecomunicaciones y su servicio, y en el párrafo del mismo artículo se consagra lo concerniente a la forma de celebrar los contratos con la administración para la prestación del servicio. En materia de contratación se refiere también la Ley 422 de 1.998, la cual contiene en el artículo 4° lo referente a la cláusula de reversión. El Decreto Reglamentario 2041 de 1.998 se refiere, también en el tema de contratación, al derecho de los operadores del servicio a que se mantenga el equilibrio económico, financiero y técnico del contrato, menciona también que a cambio del uso del espectro radioeléctrico, se debe pagar una contraprestación, la cual debe ser "justa, objetiva y permanente" conforme puede verse en su artículo 32.

Conforme a lo anterior, podemos ver que para el Tribunal, las normas que se relacionan con el tema de conflicto corresponden a:

La Ley 37 de 1.993, en particular los artículos 1° y 3° y la Ley 80 de 1.993, y precisa además respecto a la naturaleza del contrato, que se trata de un contrato de concesión oneroso y aleatorio.

En cuanto al aspecto tarifario, se mencionan normas como el Decreto 2122 de 1.992, el cual en el artículo 4° contiene las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entre las que se encuentra la de establecer el régimen tarifario a implementar sea este de libertad regulada, vigilada o libertad de tarifas. También referido a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, encontramos al Decreto Reglamentario 2061 de 1.993 y la Ley 142 de 1.994, los cuales contienen, el primero en su artículo 7°, establece la función de la Comisión, de establecer el régimen tarifario, incentivando la competencia entre los operadores, y la segunda en su artículo 73.20, la función de la entidad de establecer el tipo de régimen tarifario a implementar, de acuerdo a la Ley.

La Resolución 087 de 1.997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por su parte, en el artículo 53 menciona los criterios generales del régimen tarifario, que deben ser

considerados y aplicados cuando este se establezca a los operadores, en su artículo 5º numeral 24, nos señala "Las tarifas a los abonados celulares serán fijadas libremente por los operadores del servicio de TELEFONÍA MÓVIL CELULAR."

"b) Características del Contrato 004 de 1994"

"Objeto"

El objeto del contrato 004 de 1.994

Contenido en su cláusula primera, corresponde a la prestación del servicio de telecomunicaciones, de carácter no domiciliario, por cuenta y riesgo del contratista. Esta prestación es de cubrimiento nacional, y cuenta con el espectro electromagnético como elemento principal.

"Sujeción a normas y reglamentos, responsabilidad y obligaciones del concesionario"

En la cláusula 13 del contrato, se inscribe lo referente a la responsabilidad del contratista, mencionando que es responsable por el buen funcionamiento y la calidad del servicio frente a los usuarios, y que las únicas excepciones a esta responsabilidad corresponden, a la fuerza mayor o caso fortuito o a disposiciones legales que consagren la excepción. Los anteriores eventos deben estar probados y comprobados.

En el evento que el concesionario no cumpla con esta responsabilidad, en la forma y términos establecidos, la contratante será la encargada de tomar los correctivos del caso. Las obligaciones del contratista, contenidas en la cláusula contractual 19, menciona que corresponden a las contenidas en el contrato y la Ley, resaltando el Tribunal lo concerniente a " 1. Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo, y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, (...). 6. Ceñirse a los planes de (...) tarificación (...) elaborados por el Gobierno Nacional.¹²⁶

"Obligaciones del MINISTERIO"

En el contrato no se establece de manera precisa, las obligaciones del contratante, sin embargo pueden establecerse algunas, de las cuales el Tribunal rescata:

- a. " La asignación de una parte del espectro radioeléctrico al Concesionario, en la red A y en el área Oriental, según lo establecido en la Cláusula Primera;
- b. No otorgar concesiones a otros operadores para competir con el Concesionario, sino a partir del quinto año de la ejecución del Contrato, sin perjuicio de la concesión que se otorgue para la red B (parágrafo segundo de la Cláusula Segunda);

¹²⁶ Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Ibid. Folio 43.

- c. Mantener la confidencialidad de las informaciones técnica, administrativa, estadística, contable y financiera, proporcionadas por el Concesionario (Cláusula Décima Cuarta, párrafo)."

"Inspección del MINISTERIO"

En la cláusula 22 del contrato, se establece la facultad legal del Ministerio, de supervisión y de inspección, de aspectos correspondientes a la red, sus instalaciones y el servicio, que son prestados por el contratista.

"Prestaciones"

Las prestaciones en cabeza del concesionario, se encuentran contenidas en las cláusulas contractuales sexta y séptima, las cuales establecen:

El pago al Ministerio de Comunicaciones, del valor del contrato, con lo cual se perfeccionara el mismo, a través del Fondo de Comunicaciones. El valor es de doscientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta y un millones de pesos (\$259.161.000.000 m/cte.).

El pago trimestral de tarifas de contraprestación al Ministerio, por el derecho a utilizar y explotar el espectro radioeléctrico. Esta suma corresponde al 5% de los ingresos brutos mensuales de la empresa, pago que debe ser realizado dentro de los 15 siguientes al vencimiento del periodo mencionado, y que debe ser relacionado con el informe de ingresos que el contratista entrega al Ministerio.

"Tarifas"

En el laudo se hace referencia al desarrollo de la etapa precontractual y contractual sobre el tema estableciendo:

En el pliego de condiciones:

Se establece la facultad del operador para implementar la estructura tributaria más conveniente, la cual debe ser concordante con el Decreto 2061 de 1.993 y lo señalado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que contiene los "Criterios Generales de Tarifación" (Pliego de Condiciones. Capítulo de las Condiciones Financieras, Régimen Tarifario, numeral 1.1.1.2., Estructura).

Establece que el proponente debe presentar la estructura y los niveles tarifarios que aplicará durante la ejecución del contrato de concesión y que deben ser concordantes con las disposiciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. (Contenido de la propuesta, Descripción de las Tarifas propuestas, numeral 2.1.2., Estructura).

En la propuesta.

El contratista establece que la estructura tarifaria que utilizará "está basada en factores de mercado, económicos, técnicos, así como en la reglamentación y legislación vigentes (...)". Menciona también que tiene en cuenta para su fijación factores como la competencia del mercado (región Oriental) que le permitan satisfacer las necesidades existentes de los usuarios futuros, que permitan su ingreso en el mercado y la adaptación a los cambios de las condiciones del contrato. (Propuesta de COMCEL, volumen 4, Tomo I, Condiciones Financieras, punto 2.1. Descripción de las Tarifas Propuestas 2.1.1. Estructura)

En el contrato 004 de 1.994.

En su cláusula 25 dispone que el contratista, de acuerdo con las disposiciones técnicas y financieras del pliego de condiciones, presentara un sistema tarifario que sirva de comprobación para la facturación de los usuarios y la cantidad consumida por ellos en la utilización del servicio.

En la cláusula 33, se establece (como en apartes anteriores se mencionó) la cláusula de reversión, conforme a la cual, al terminar el contrato, los bienes afectados directamente con la concesión, pasaran a la titularidad del Estado, así como los elementos directamente señalados para este contrato, sin que por ello se genere compensación.

"2.2.3 La regulación tributaria y sus efectos en el caso en estudio"

Como en la demanda se menciona que el desequilibrio económico del contrato es consecuencia de la aparición del "hecho del príncipe", debido a los cambios normativos en particular, en materia tributaria, el Tribunal encuentra pertinente precisar:

En el momento de celebración del contrato 004 de 1.994, se encontraba vigente el Decreto 1979 de 1.974, el cual en su artículo 1° preceptuaba en cuanto a los contribuyentes del impuesto de Renta y complementarios que "Se exceptúan las entidades que tengan a su cargo la prestación de servicios de (...) telecomunicaciones y ...". Lo que significa que el contratista se encontraba acogido por la disposición.

Más adelante con la expedición de la Ley 223 de 1.995, se sustituye la disposición anterior (que correspondía al artículo 16 del E. T.) incluyendo a las sociedades de economía mixta prestadoras de este servicio, en los contribuyentes al impuesto mencionado, con lo cual el contratista esta obligado al pago del mismo. De lo anterior y de la comprobación de documentos tales como la certificación del revisor fiscal, deduce el Tribunal que los costos del contratista se incrementan, lo cual se refleja en su estado financiero.

En cuanto al contenido económico de la propuesta, y ha que la exención del impuesto hayan sido elementos determinantes para la presentación del contratista a la licitación, el Tribunal encuentra que éstas no se establecen en ninguno de los documentos contenidos por las partes. Lo que sí puede apreciarse es que el contratista acepta contratar asumiendo la responsabilidad en la prestación del servicio, como ya se indicó, "por su cuenta y riesgo" y que además, conforme con el artículo 44 del Decreto Ley 1900 de 1.990, para este tipo de

contratos y de servicios, se entienden incluidos las normas y reglamentos técnicos y jurídicos existentes, dentro de los que se incluyen los relativos a tarifas. Reglamentos que se encuentran contenidos en la Resolución 087 de 1.997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual en su artículo 53 presenta los criterios generales del régimen tarifario.

Menciona también el Tribunal que la tarifa es una forma remuneratoria, en que se puede incluir los costos del servicio, y que por tanto puede ser el medio utilizado por el contratista, para que el negocio realizado sea siempre rentable, fijando este mecanismo tarifario acorde con sus necesidades, con lo cual el consumidor final y no la administración será quien cargue con los costos. Este mecanismo debe ser utilizado sin embargo, teniendo en cuenta la competencia y el mercado.

De lo anterior destaca el Tribunal que "no resulta lógico que la administración contratante sea quien tenga que asumir los mayores costos derivados de medidas de carácter general adoptadas por el legislador para todos los prestadores del mismo servicio (...)",¹²⁷ con lo cual se evidencia que no es procedente la petición del contratista de una indemnización derivada de un perjuicio causado por la Ley, ya que la norma acusada es creada por la Nación, quien crea esta disposición ejerciendo su facultad normativa de crear tributos de carácter general, por lo que no es dirigida directa y particularmente sobre el contratista, no siendo por tanto creado un daño particular sobre el contratista.

"2.2.4 El "hecho del príncipe" y el caso concreto"

Sobre la base de lo antes mencionado puede concluir el Tribunal que no se cumplen los requisitos consagrados por la doctrina, y basados en la jurisprudencia para la procedencia de una indemnización, derivada de una actuación general que genere el "hecho del príncipe", teniendo en cuenta cuatro puntos que señala el Tribunal, los cuales corresponden a:

- La expedición de una medida general: teniendo en cuenta el desarrollo normativo durante la celebración del contrato y su ejecución antes mencionada, puede decirse que el contenido del artículo 60 de la Ley 223 de 1.995, es una norma de carácter general, ya que esta disposición que sustituye el contenido del artículo 16 del Estatuto Tributario, contempla a todas las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta del país.
- La impresivilidad de la norma general que causa el daño: Es muy difícil que los contratantes pudieran prever la ocurrencia de una modificación normativa para las empresas de economía mixta que prestan servicios públicos que las transformara en contribuyentes de un impuesto, ya que a pesar de los constantes cambios en materia tributaria en el país, respecto de las empresas en cuestión, casi no tenían ocurrencia cambios.

¹²⁷ Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Ibid. Folio 49.

- Que la medida sea imputable a una autoridad del Estado: toma en este punto dos aspectos, el primero, que la norma acusada es dictada por la Nación, a la cual pertenece la contratante, y que forma parte de la misma persona jurídica. Y el segundo aspecto, es que la norma es de carácter general, ya que se refiere a todas las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta del país, siendo por tanto una medida que no se refiere al contrato en particular.
- Que el contratante demuestre la ocurrencia de un perjuicio directo y cierto en relación con el contrato y su ejecución, derivado de la medida estatal que es invocada para fundamentar la indemnización: este punto se refiere a las prestaciones recíprocas de las partes, las cuales consisten en por parte del contratista el pago del valor del contrato (\$259.161.000.000) y sumas trimestrales por concepto de utilización y explotación del espectro radioeléctrico (5% de ingresos brutos). Por parte del contratante asignar las frecuencias radioeléctricas al contratista para la prestación y explotación del servicio, no conceder concesiones sobre lo ya contratado por 5 años y guardar confidencialidad acerca de la información del contratista.

De lo anterior puede deducir el Tribunal que no es aplicable lo referente al equilibrio económico del contrato, para el contrato 004 de 1.994, ya que éste es aleatorio, y esta figura es propia de los contratos conmutativos. Así mismo establece el Tribunal que la disminución en el monto de las utilidades que percibe el contratista no es responsabilidad del contratista, en cuanto la norma acusada, es de carácter general, y la disminución de las utilidades no ha sido probada, ya que no se demostró el monto total de utilidades esperadas y pactadas lo que era fundamental para establecer el primer valor.

Con estas prestaciones se evidencia el carácter oneroso y aleatorio del contrato y que no opera en este el "hecho del príncipe", conforme lo establece la Ley 80 de 1.993.

"2.3 Las pretensiones primeras subsidiarias"

El Tribunal establece, en base a los estudios normativos, y ha lo establecido en el contrato, que no se genera el silencio administrativo positivo en contra de la contratante, alegado por el contratista. Por lo anterior la pretensión del contratista de declarar la nulidad absoluta de los actos revocatorios del silencio administrativo positivo se niega, añadiendo el Tribunal, que estos actos señalados son a su vez irrelevantes ya que no son materia de pronunciamiento al no tener objeto sobre el cual actuar, y que además las pretensiones que se derivaban de esta (2a, 3a, 4a y 5a) no prosperan tampoco.

"3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN"

"3.1 Contestación y excepciones a la demanda de reconvencción"

El Tribunal, al examinar los textos de la demanda principal y de la demanda de reconvencción, llega a la conclusión que a excepción de la pretensión acerca del rompimiento del equilibrio económico del contrato, que señala como responsable a la Nación, son en esencia idénticas, por lo cual los puntos referentes a la legalidad de los actos revocatorios, la inexistencia del acto administrativo "presunto" y su nulidad, y la

inexistencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato debido a la expedición de la Ley 223 de 1.995, se resolvieron al haber realizado el estudio y resolver las pretensiones y excepciones de la demanda principal.

"Para resolver, el Tribunal considera:"

Respecto de la excepción de falta de competencia, el Tribunal establece:

Las partes no realizaron antes de acudir al Tribunal para resolver el conflicto, un acercamiento directo, encaminado a resolver el conflicto relativo al equilibrio económico del contrato. (Ley 422/98, art. 4°).

La cláusula compromisoria contiene que se acudirá al mecanismo del arbitramento para resolver los conflictos que las partes no puedan resolver directamente, de acuerdo con la Ley 80 de 1.993.

De acuerdo con la cláusula anterior y con el acta de desacuerdo y complementación, decide al Tribunal que procede la excepción presentada por el contratista de inepta demanda y por lo tanto el Tribunal no es competente para resolver este punto. Así mismo no se pronunciara sobre el rompimiento del equilibrio económico del contrato en contra del Ministerio de Comunicaciones, ya que para el Tribunal es claro que al resolver las peticiones contenidas en la demanda principal, ha resuelto las presentadas por la convocada..

Por lo anterior este Tribunal tampoco se pronuncia sobre la nulidad del acto administrativo "presunto" derivado del silencio administrativo positivo, ni sobre la validez de las Resoluciones de revocatoria del anterior acto, del Ministerio de Comunicaciones.

"3.3 Decisión sobre la objeción por error grave al dictamen pericial".

Sobre este punto el Tribunal realiza la precisión de que al prosperar la excepción de declaración el rompimiento del equilibrio económico del contrato 004 de 1.994, a causa del artículo 4° de la Ley 422 de 1.998, en perjuicio de la Nación, no es necesario referirse a la objeción por error grave contra el dictamen pericial que solicita el Ministerio, presentada por COMCEL S. A.

"RESUELVE"

Se encuentra en el folio 57 del Laudo.

4.3.4 Naturaleza y régimen jurídico del contrato

A) **Naturaleza** Como sabemos, el contrato que se celebra entre COMCEL y LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, es un contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, en áreas determinadas, para el cual COMCEL se presenta a participar como una empresa de economía mixta. Este contrato, tiene por objeto la prestación del servicio antes descrito, por cuenta y riesgo del contratante con el Estado, y como prestaciones, de una parte conceder al concesionario la utilización del espectro electromagnético, (las que de esta se derivan no importan para este punto en particular), y para el concesionario pagar un valor determinado, por el uso del espectro concedido y unas tarifas periódicas, las cuales se fijan de acuerdo a un porcentaje del 5% de los ingresos brutos que reciba el concesionario, fruto de la prestación del servicio, las cuales se cancelarán trimestralmente, las cuales se verificarán, de acuerdo a la relación de ingresos que este deberá presentar al concedente. (cláusula 7ª del contrato).

El contrato, es un contrato de concesión, de acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 de 1.993, el cual nos dice que un contrato de concesión es aquel realizado por las entidades del Estado con el fin de "otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, (...) de un servicio público. (...)". De carácter oneroso, ya que conforme lo contiene la legislación civil, constituye aquel en el cual, las partes obtendrán una utilidad.¹²⁸ como contrato oneroso, bien podría ser conmutativo o aleatorio, sin embargo, por la claridad con que fueron expuestas en el contrato las prestaciones de las partes, no cabe duda que estamos frente a un contrato aleatorio, ya que como establece la misma legislación civil, en su artículo 1498, es aleatorio el contrato en el cual una de las partes obtiene como prestación " (...) el equivalente consistente en una contingencia incierta de ganancia o pérdida,...", con lo cual queda claro que al concesionario estar obligado al pago proporcional a sus ingresos de una suma trimestral, la cual está sujeta a lo que perciba durante el respectivo periodo, siendo imposible fijar para esto una suma fija, ya que los ingresos que recibe el concesionario se sujetan a aspectos tales como la competencia y la demanda que de su servicio se reporte en el mencionado periodo, el que se celebró entre el concesionario y el Ministerio en este caso, fue un contrato aleatorio.

Un punto que no puede dejarse de lado, es que este contrato se encuentra regulado por la Ley 37 de 1.993, conforme al bien sobre el cual recae la concesión, que corresponde al espectro electromagnético.

B) **Régimen jurídico** En este análisis consideramos importante comenzar por realizar una mención normativa.

En primer lugar la Constitución Nacional en su artículo 4º, se refiere a la supremacía de esta norma sobre las demás y al respeto que debe guardarse siempre de lo contenido en ella, por lo que al haber una discrepancia entre ella y alguna otra, será la Constitución la que primará.

¹²⁸ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1497. "(...) y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro."

El artículo segundo de esta norma,¹²⁹ referido a los fines del Estado, entre los que se encuentran la garantía de los derechos y la presentación de mecanismos que aseguren el mantenimiento del bien común.

En concordancia con el artículo anterior, los artículos 365 y 366, se refieren al deber del Estado de servir como garante en la prestación de los servicios públicos, los cuales se encuentran incluidos en la finalidad del Estado, entre las finalidades del Estado se encuentra el mantenimiento del bienestar de la comunidad.¹³⁰

Este mismo artículo, nos presenta el sometimiento de estos servicios y su prestación, a la ley, en la forma y condiciones fijados por ella, siendo siempre vigilado y controlado por el Estado.¹³¹

Respecto del arbitramento debemos mencionar lo contenido en el artículo 229 de la Constitución Política,¹³² el cual consagra el derecho de los ciudadanos de acudir a la administración de justicia para que les sean solucionados sus conflictos, para lo cual se consagra, en un artículo anterior,¹³³ como puede, con el fin de dar una solución pronta y efectiva a los problemas que se pretenden entre los integrantes del Estado, acudirse no solo a los medios convencionales de administración de justicia¹³⁴, sino también a mecanismos alternativos,¹³⁵ que permitan una solución rápida y eficaz, la cual cuenta también con el beneficio de haber sido pactada por las partes con anterioridad, a voluntad.

¹²⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 2° “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

¹³⁰ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 365. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. (...)”

¹³¹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 365. “(...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)”

¹³² CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de Justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

¹³³ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 116. “(...) Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 242 de 1.997. “La Constitución Política de 1991 estableció que la administración de justicia es una función pública, con la cual se pretende garantizar la eficacia del derecho, las garantías y las libertades de los ciudadanos.”

¹³⁵ NARANJO FLÓREZ, Carlos Eduardo, Estatuto General de la Contratación Administrativa. Editorial Señal Editora, 1.994, págs. 34 y 35. “ Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Como vemos la relación entre las funciones, los fines del Estado y la prestación de los servicios públicos, es muy estrecha, ya que dentro de los fines del Estado se encuentra la prestación de los servicios públicos, los cuales para ser prestados en términos de calidad y eficiencia, pueden ser realizados directamente por el Estado o a través de la celebración de contratos estatales de concesión. Además, en caso de surgir un conflicto, las partes involucradas podrán acudir a la administración de justicia para la solución al problema suscitado.

Dicho lo anterior, es claro la remisión en este tipo de contratos, al Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1.993,¹³⁶ la cual constituye la norma aplicable¹³⁷ a los contratos celebrados con la administración,¹³⁸ los cuales deben ser realizados conforme a la finalidad de la contratación, contenida en el artículo tercero de esta ley¹³⁹.

Esta ley, en sus artículos contiene todo lo referente a la definición, regulación, celebración, principios y demás que enmarcan estos negocios, así como los principios que rigen las actuaciones en estos negocios,¹⁴⁰ lo cual constituye un importante parámetro de actuación y se encuentra muy acorde con las disposiciones constitucionales.¹⁴¹

¹³⁶ DECRETO 679 de 1.994, artículo 8°. “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos estatales se sujetarán a la Ley 80 de 1993 y en las materias no reguladas en dicha ley, a las disposiciones civiles y comerciales.”

¹³⁷ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 13. “De la normatividad aplicable a los contratos estatales que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

¹³⁸ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 1. “Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

¹³⁹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 3. “De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar los contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

¹⁴⁰ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 23. “De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

¹⁴¹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...)

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. (...).”

El artículo 33 de esta ley, hace mención a la concesión del servicio y de las actividades de las telecomunicaciones, señalando que lo que el Estado siempre busca es la satisfacción de las necesidades de las personas que lo integran, en forma continua y eficiente. De la regulación en materia de concesión de este servicio, el mismo artículo remite al Decreto Ley 1900 de 1.990, y ha normas que posteriormente puedan llegar a variar o ampliar su contenido, como lo es la Ley 37 de 1.993, de manera particular en los artículos primero y tercero.¹⁴²

Otros artículos importantes de esta ley, son los relacionados con el equilibrio económico del contrato, y de los mecanismos de solución a las controversias que puedan presentarse, los cuales serán desarrollados más adelante.

Conforme a la cláusula compromisoria y al “ACTA DE DESACUERDO Y DE COMPLEMENTACIÓN (sic.) CLÁUSULA COMPROMISORIA contrato de concesión 004 de 1.994”, las partes acuerdan que ante la ocurrencia de un conflicto entre ellas, durante la celebración del contrato, intentaran, en primera instancia, llegar a un acuerdo por si mismas, luego de tal acercamiento si no fuere posible realizar un acuerdo, acudirían a un Tribunal de arbitramento¹⁴³ para resolver sus diferencias, tribunal que será en derecho.

Este acuerdo contractual es muy claro al señalar que previo a la celebración del arbitramento debe realizarse un acercamiento directo de las partes, para que sean ellos los encargados de solucionar el conflicto, por lo cual acerca de la competencia del Tribunal para conocer sobre este conflicto, debemos señalar que el Tribunal no puede referirse sobre los aspectos que no cumplieran con la estipulación contractual, ya que como sabemos la estipulación consignada en el contrato es ley para las partes, por lo que no debe ser desconocida.

¹⁴² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 33. “(...). Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, ...

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional ...

Para los efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto - Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo aclaren, modifiquen o derogue.

(...)

PAR.- Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto e dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.”

¹⁴³ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 70. “De la cláusula compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de los árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. (...)”

Ya sobre el caso que nos ocupa del contrato 004 de 1.994, el cual es un contrato estatal¹⁴⁴ de concesión,¹⁴⁵ para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular, definido en el artículo tercero de la Ley 37 de 1.993, el cual nos señala que “...es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en que la parte del espectro radio eléctrico asignado, constituye su elemento principal.”. Artículo que hace mención del bien público que constituye parte del espectro electromagnético, y que se encuentra bajo la vigilancia y control del Estado. El anterior artículo, relacionado íntimamente con el primero de la misma Ley, el cual hace mención al espectro, como un elemento determinante del contrato, pero no el único en la concesión. Este artículo se refiere también a la obligación de carácter legal de realizar una cláusula de reversión, la cual recae sobre los bienes y los instrumentos que se afecten a la concesión.

Como contrato de concesión estatal, debemos referirnos a la Ley 80 de 1.993, la cual contiene la definición del contrato de concesión para la prestación del servicio de telecomunicaciones, remitiendo de manera especial al Decreto 1900 de 1.990 y a la Ley 37 de 1.993, los contratos de concesión que tengan por objeto la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Este contrato tiene como finalidad, conforme a su cláusula primera, la prestación del servicio de telecomunicaciones, el cual tiene el carácter de no domiciliario, y se realiza por cuenta y riesgo del contratista, y que como antes se menciono tiene como elemento principal, la explotación del espectro electromagnético.¹⁴⁶

¹⁴⁴ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 32. “De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.”

¹⁴⁵ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 32, numeral 4. “Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, (...), así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, (...), en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

¹⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículos 75 y 76. " Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la Ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la Ley para evitar practicas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollara y ejecutara los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en inciso anterior.”

Otro aspecto, que contiene el contrato, como todo acuerdo de voluntades para obligarse,¹⁴⁷ es el referido a las obligaciones y responsabilidades de las partes, el cual realiza de manera expresa para el contratista, no así a las del Ministerio, siendo por tanto necesaria la interpretación del clausulado, para así establecer cuales son las que le corresponden. El primero tiene dentro de sus obligaciones la prestación por su cuenta y riesgo del servicio de telefonía móvil celular, y su sujeción a la implantación normativa del gobierno en materia tributaria. Estas obligaciones, unidas a sus responsabilidades, como la prestación del servicio conforme a las disposiciones Constitucionales¹⁴⁸ y legales, en relación a la responsabilidad, calidad y buen funcionamiento del servicio, siendo el Ministerio el encargado de sancionar el incumplimiento de estos términos.¹⁴⁹

Como vemos la Constitución Nacional y la Ley 80 de 1.993, se refieren a este tema, estableciendo que este debe cumplir con las obligaciones contractuales y legales, los cuales son concordantes en indicar el cumplimiento de principios que permitan la satisfacción de las necesidades de la comunidad y mantener el bien común.

Respecto de las obligaciones del Ministerio, luego analizar el contrato, puede apreciarse que dentro de sus obligaciones se encuentran la asignación del servicio que se concede, la confidencialidad de información y por supuesto la inspección y vigilancia del servicio. Todas estas obligaciones lo que pretenden es la prestación en la forma y calidades establecidos por la Constitución Política y la Ley, para la prestación de los servicios públicos.

Luego de presentar las obligaciones principales de las partes, podemos referirnos a las prestaciones. Sobre el concesionario, el pago al Ministerio de Comunicaciones, del valor del contrato, perfeccionando el mismo y el pago de sumas periódicas a la entidad¹⁵⁰ por la utilización y explotación del espectro radioeléctrico. Para el pago de esta última no se estipula una cantidad fija, sino que se establece una suma derivada de los ingresos brutos mensuales que recibiera el contratista. Estos ingresos se derivan del establecimiento de unos montos tarifarios que le serán cobrados a los usuarios del servicio, el cual debe realizarse teniendo en cuenta que el monto cobrado al usuario debe ser proporcionado al

¹⁴⁷ CÓDIGO CIVIL, artículo 1495. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

¹⁴⁸ CONSTITUCIÓN NACIONAL, Ob. cit., artículo 365.

¹⁴⁹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, Ley 80 de 1.993, artículo 14. “De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar el contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato. (...)
2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.”

¹⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de diciembre 4 de 1.995 (Rad. 750). “(...) como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en ... tarifas”.

servicio.¹⁵¹ Tiene en cuenta también el contratista para fijar estas tarifas o precios que cobrará al usuario, aspectos económicos y técnicos del mercado, en los niveles de competencia del mismo y en los posibles cambios que puedan presentarse en el sector, así como el servicio que se prestara al usuario.¹⁵²

El Ministerio cuenta con la facultad de establecer el régimen tarifario, teniendo como base lo contemplado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y del Dec. 2061 de 1.993. La entidad como representante del Estado en esta contratación, debe por tanto ceñirse a las estipulaciones constitucionales y legales de prestación de servicios públicos, entre las que se encuentran asegurar una prestación de los servicios en términos de continuidad y eficiencia, no permitir tratos desproporcionados respecto de la prestación en si o del precio cobrado por su prestación, evitando los abusos que puedan presentarse, por lo que debe también vigilar y revisar de manera periódica estos precios.¹⁵³

¹⁵¹ SARMIENTO GARCIA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1.996, pág. 117. “Precio es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización facultativa para los administrados (v. gr., teléfonos)

¹⁵² Ibid., p. 119. “5) *principios fundamentales en materia de tasas y precios*. En la retribución de los servicios públicos son de aplicación los siguientes principios fundamentales:

(...)

e) *Razonabilidad*. Este principio tiene base normativa constitucional: y recordamos que lo razonable es lo justo, lo proporcionado, lo equitativo, por oposición a lo irrazonable, que es lo arbitrario o injusto. Lo no razonable excede lo constitucional.

Pues bien, por aplicación de este principio es necesario que entre prestación y retribución medie una aproximada, adecuada, discreta equivalencia – utilizando fórmulas acuñadas por la doctrina y la jurisprudencia – no exigiéndose que el precio o tasa equivalga matemáticamente a la prestación que recibe el administrado.”

¹⁵³ Ibid., p. 117. “El concesionario percibe un precio que no lo paga directamente la Administración Pública, sino los usuarios (...). El precio se expresa en la llamada tarifa (lista de precios). Las tarifas de los servicios públicos no son inmutables, sino un elemento variable, sujeto a las modificaciones que impongan las condiciones en que se prestan los servicios. En consecuencia, la revisión periódica de las tarifas es jurídicamente legítima y económicamente necesaria.”

Esta tarifa o precio que el contratista cobra a los usuarios, así como la participación de este en el proceso precontractual, con unos precios y capacidad de pago a la entidad, debe ser realizado, como en todo contrato, teniendo en cuenta las condiciones del mercado, dentro de las que se encuentra la regulación legal en la materia, como lo es la regulación tributaria. Estos puntos los tiene en cuenta el contratista, como se evidencia desde un comienzo, cuando este decide al momento de celebrar el contrato presentarse como una sociedad de economía mixta,¹⁵⁴ que como sabemos se constituyen con aportes del Estado y de particulares y realizan labores comerciales.¹⁵⁵

Cuando se celebra el contrato 004 de 1.994, tenía vigencia el Decreto 1979 de 1.974, que en su artículo primero contenía la excepción al pago del impuesto de Renta y complementarios a las empresas de economía mixta, con lo cual el contratista se encontraba acogido por tal disposición. Tiempo después con la expedición de la Ley 223 de 1.995, se sustituye el artículo 16 del Estatuto Tributario, el cual contenía la excepción que acogía al contratista, por lo cual y ante los cambios económicos que éste sufre, menciona que se produce un desequilibrio económico, derivado del “hecho del príncipe”. Sobre esto, en primer lugar hay que mencionar que, el contratista al presentar una tarifa, como conocedor del sector, y en base a estudios que debieron ser realizados, no puede culpar a la administración, en caso de no haber previsto, lo que el mismo afirmó en prever que es el cambio tributario que sufre. Tampoco puede el contratista pretender que sea también la administración quien costee tales incrementos en los costos que soporta el contratista, ya que estos pueden ser sufragados mediante una reestructuración a los montos que se cobran a los usuarios, recordando siempre que estas sumas deben ser fijadas en base al servicio prestado, en términos de proporcionalidad y equidad.

Desglosando este punto, comencemos por la ocurrencia del hecho del príncipe que menciona el contratista.

El Tribunal luego de presentarnos las tesis del doctrinante Marienhoff, de las que puede concluirse que los actos generales, no son indemnizables (salvo excepciones), y como el caso que nos ocupa se trata de un acto general, deben considerarse los puntos que podrían llegar a configurar una excepción, que cause la indemnización en cabeza de la entidad, por la ocurrencia del hecho del príncipe. El hecho del príncipe tiene ocurrencia, como sabemos, cuando por una actuación de una autoridad del Estado, se ven modificadas las condiciones del contrato, haciendo más difícil su cumplimiento, aunque posible aun su ejecución, ya que de no ser así sería fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁵⁴ CODIGO DE COMERCIO, artículo 461. “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyan con aportes estatales y de capital privado y se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

¹⁵⁵ SUPER INTENDENCIA DE SOCIEDADES, concepto 13859 de arrié 16 de 1.996 (Ofic. 220-10359) “El Decreto Extraordinario 1050 de 1968, artículo 9º define las sociedades de economía mixta como organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones creadas por la ley.”

En primer lugar, que se trate de la expedición de una medida general, lo cual ocurre ya que la Ley 223 de 1.995, es una medida de carácter general, que sustituye el artículo 16 del E. T., modificando la regulación tributaria para las sociedades contenidas en ese artículo, y no solo al contratista.

El carácter imprevisto de la medida, lo que también se cumple, ya que el tema tributario, sufre constantes cambios, sin embargo, respecto de lo regulado en el artículo 16, desde hace algún tiempo no era modificado, no ocurrieron eventos que hubieran permitido prever su ocurrencia.

Que la medida sea de una autoridad estatal, y que se demuestre que por esta medida se causo un perjuicio directo al contratista: Lo primero es indudable y no merece detenerse para aclararlo, respecto de la ocurrencia del perjuicio y la relación directa e inequívoca de que se deriva de la medida, podemos decir que esta relación no puede apreciarse, ya que como mencionamos anteriormente, en las prestaciones de las partes, las sumas periódicas que debía pagar el contratista se establecían en base a los ingresos que recibía el contratista, en un porcentaje establecido del 5%. Además, e el clausulado del contrato se observa la estipulación de las partes de la prestación del servicio por cuenta y riesgo del contratista, lo que indica que éste sería quien asumiera los riesgos de la prestación, dentro de los que se encuentran asumir las consecuencias derivadas de los cambios en la regulación legal. Por lo anterior podemos ver que no es posible declarar la ocurrencia del hecho del príncipe.

El punto anterior evidencia, un aspecto determinante en la determinación de la ocurrencia del hecho del príncipe, y es el tipo de contrato de que se trata. Como sabemos, este hecho se presenta en los contratos conmutativos,¹⁵⁶ y que el contrato 004 de 1.994, es un contrato aleatorio¹⁵⁷ ya que la prestación que recibe una de las partes no es determinada, ya que depende del porcentaje resultante de la demanda recibida por parte de los usuarios, y su correspondiente pago, lo que no puede determinarse de manera precisa, sino que es incierto.

Acerca de la ocurrencia del silencio administrativo positivo,¹⁵⁸ para que éste se configure, debe cumplir con unos requisitos legales, tales como el cumplimiento del plazo de tres meses sin recibir respuesta a la petición formulada a la entidad, sobre eventos relacionados con el contrato, ya que de no ser así éste no se configura.

¹⁵⁶ CÓDIGO CIVIL, artículo 1498. “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;...”

¹⁵⁷ CÓDIGO CIVIL, artículo 1498. “...y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

¹⁵⁸ RODRIGUEZ SANTOS, Op. cit. p. 68. “Según se infiere de los Arts. 40 a 42 y 60 del Código Contencioso Administrativo, el Silencio Administrativo es una especie de sanción a la inercia administrativa y una garantía para los derechos de los administrados, quienes necesitan de la oportuna solución frente a las peticiones en interés particular y a los recursos gubernativos interpuestos.”

Ibid., p. 69. “... el silencio administrativo positivo es aquel que equivale a decisión positiva, conforme a la petición. Constituye la excepción, en el sentido de que sólo se configura en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales.”

Otro requisito es la protocolización en notaría, para con esto conseguir que produzca efectos legales. Como vemos en este caso el término se cumplió, ya que pasaron tres meses sin que el Ministerio de Comunicaciones diera respuesta a la solicitud realizada por COMCEL, acerca de la indemnización que esta entidad debería pagarle por el rompimiento del equilibrio económico, por la modificación legal en materia tributaria, los requisitos legales, también se cumplen, sin embargo, debemos detenernos en el punto referente a la procedencia de esta figura, si los hechos afectan el contrato, y generan obligaciones para el contratista y no para el contratante. Al respecto debemos decir que no opera, ya que este mecanismo generaría una obligación de pago de una indemnización en cabeza del contratante al contratista, modificando con estos las estipulaciones contractuales, ya que los riesgos que se encontraban en cabeza del contratista, serían con este reconocimiento puestos en cabeza del contratante, así mismo se modificaría el monto de las prestaciones de las partes, y por supuesto la interpretación que debe darse a las cláusulas contractuales, todo esto se traduce en una modificación de puntos fundamentales del contrato que pueden llegar a variarlo, así mismo este mecanismo no puede proceder ya que limitaría el derecho del contratante, como parte del contrato de intervenir en las estipulaciones del contrato.

Sumado a lo anterior tampoco puede proceder, ya que para que estas peticiones pudieran darse, debería ser fruto de un acuerdo entre las partes o por decisión de autoridad judicial.

Acerca del rompimiento del equilibrio económico del contrato. Este principio, que tiene como finalidad el mantenimiento de las condiciones económicas del contrato, durante toda su ejecución,¹⁵⁹ cuando la causa de su rompimiento no obedece a las partes, tratando de que sea restablecido con la mayor brevedad posible.¹⁶⁰

En materia de contratación administrativa, se ven garantizadas las prestaciones a que tiene derecho el contratista, por lo cual en caso que estas prestaciones se vean alteradas, se deben restablecer, de tal manera que no se presente ningún peligro para el contratista.¹⁶¹

Respecto de la Teoría de la Imprevisión, Esta teoría tiene su sustento legal en el artículo 868 del Código de Comercio, disposición que la consagra expresamente en los siguientes términos:

¹⁵⁹ Ibid., p. 106. "Este principio preside la igualdad o equivalencia de las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos de licitación o concurso, o de contratar directamente y durante la etapa de ejecución."

¹⁶⁰ Ibid., p. 106." La doctrina ha considerado que para que se presente la ruptura del equilibrio económico son necesarias dos condiciones fundamentales: que se presenten hechos sobrevinientes, con posterioridad a la celebración del contrato o antes pero su conocimiento sea posterior, y la inimpunidad de las partes. De manera que se pueden considerar causas no imputables que pueden romper el equilibrio económico en un contrato estatal y por tanto se debe proceder a su restablecimiento."

¹⁶¹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. artículo 5 numeral 1 inciso 2°. "En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

“Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

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

Del texto del artículo transcrito se deduce que la teoría de la imprevisión tiene diversos elementos que deben concurrir para que se produzcan los efectos esperados con su planteamiento dentro de un proceso, bien por vía de acción, bien como excepción.

Elementos de la Teoría de la Imprevisión

Estos elementos son los siguientes:

1. La existencia de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida que no tenga el carácter de aleatorio.

Es evidente, por una parte, que no es posible aplicar esta teoría a contratos que por su naturaleza implican el cumplimiento inmediato de las prestaciones a que se obligaron las partes dentro del proceso. Por otra, el riesgo asumido por las partes dentro de los contratos denominados aleatorios, es precisamente el fundamento para la exclusión expresa que hace la ley.

2. El hecho que genera su aplicación debe ser posterior a la celebración del contrato y, adicionalmente, reunir el carácter de extraordinario, imprevisto o imprevisible, y cuya ocurrencia sea ajena a la voluntad de las partes.

Estos requisitos no son exigidos solamente por la norma en comento, sino que también son señalados de vieja data por la doctrina internacional. Por ejemplo, podemos citar a Alterini quien señaló:

“La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de la parte que invoca la doctrina de la imprevisión debe reunir caracteres semejantes a los del caso fortuito: imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad, actualidad y sobreviniencia.”¹⁶²

De igual forma, Llambias, Raffo Benegas y Sassot, exponen lo siguiente:

¹⁶² Alterini, Aníbal (Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo. Teoría General. Editorial Perrot. Buenos Aires 1998. Pág. 450)

“El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto ha de ser un hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación y ajeno al deudor.”¹⁶³

Es por demás claro, que el hecho que sirve de base para solicitar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión no puede ser imputable a quien la alega. Una posición en contrario, atentaría contra la lógica jurídica y los más elementales y antiguos principios del derecho, como aquel que prohíbe alegar la culpa propia para su beneficio (*“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*).

3. Que el hecho genere una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Dos puntos fundamentales deben anotarse sobre este particular:

a. El primero, consiste en que la situación o el hecho alegado no puede ser un hecho normal que implique alteración en las condiciones del contrato, sino que exige que el mismo resulte en una excesiva onerosidad para alguna de las partes.

Sobre este punto ya se ha pronunciado la jurisprudencia arbitral. Por vía de ejemplo se puede citar el Laudo proferido por el Tribunal que puso fin al trámite arbitral iniciado por Consorcio Miel contra Fideicomiso Miel I, el cual señaló:

*“Las diferencias entre los dos regímenes son ciertamente apreciables, tal como lo han venido reconociendo al unísono, la jurisprudencia y la doctrina:
“Efectivamente, ante todo, en el régimen de la ley 80, para que haya lugar a invocar el rompimiento del equilibrio contractual y a solicitar su consiguiente restablecimiento, basta simplemente con que ocurra cualquier álea normal que lesione la conmutatividad contractual establecida por las partes, siempre, desde luego, que ella no le sea imputable a quien la sufre. En cambio, en el del Código de Comercio no sólo es necesario un hecho o circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además, que esa circunstancia tenga la condición de ser extraordinaria e imprevisible. (El subrayado es del Tribunal)¹⁶⁴”*

En igual sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia al señalar:

¹⁶³ LLAMBIAS Jorge, RAFFO BENEGAS Patricio y SASSOT Rafael. Manual de Derecho Civil Obligaciones. Editorial Perrot, Décima Edición. Buenos Aires 1996. Págs. 89 y 90

¹⁶⁴ En igual sentido se pronunció el Tribunal convocado por Aura Cristina Geithner para solucionar sus diferencias con Sonolux, al indicar: *“Es entonces necesario concluir, que no cualquier hecho puede ser llamado a producir las consecuencias del artículo 868. Por el contrario, se necesita que ese hecho tenga tal gravedad, que el continuar con la ejecución del contrato en la forma que fue originalmente celebrado, implicaría una injusticia que no puede ser aceptada por el juzgador.”* Laudo arbitral de Aura Cristina Geithner contra Sonolux. Marzo de 2001.

“Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia.”¹⁶⁵

b. El segundo consiste en que dicha onerosidad debe predicarse del cumplimiento de las obligaciones y no de la utilidad esperada por las partes.

En efecto, la ley se refiere a situaciones que *“alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*, más no que le impliquen una pérdida o la disminución de la utilidad esperada.

Sobre este tema es importante traer a colación lo expuesto por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias suscitadas entre Aura Cristina Geithner Cuesta y Sonolux S.A., el cual señaló:

*“Señala la norma un requisito adicional, el cual restringe la aplicación de la norma a aquellos hechos que, aparte de tener carácter extraordinario e imprevisible, tengan sus efectos nocivos respecto del cumplimiento o ejecución de la obligación. **Es decir, que el perjuicio no está relacionado con la pérdida o ganancia que generó o dejó de generar el contrato, situación que constituye el álea natural de cada negocio**, sino que está radicado en el sobrecosto generado respecto del valor o exigencia original del cumplimiento o ejecución del contrato”* (Resaltado por el suscrito).

También la Corte Suprema de Justicia ha planteado esta situación, señalando:

“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.”¹⁶⁶

¹⁶⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 23 de 1938.

¹⁶⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 23 de 1938. En cuanto a la doctrina, podemos citar la posición de Christian Larroumet (Op. Cit., Pág. 333) quien señala: “Sin embargo, existe una diferencia entre la imprevisión y la fuerza mayor, a saber, que la ejecución de la obligación no es imposible sino solamente más onerosa.”

En el artículo 27 de la Ley 80 de 1.993, encontramos la definición de la ecuación contractual, en este artículo se menciona que esta figura contiene la protección al principio de equilibrio económico del contrato y los requisitos que debe tener para ser restablecido, que no son otros que los mencionados antes, la posterioridad de la ocurrencia del desequilibrio con relación a la celebración del contrato y que no se deba a un acto imputable a las partes.¹⁶⁷

En el caso que nos ocupa, debemos preguntarnos si estos requisitos se cumplen. En cuanto al momento de presentarse el desequilibrio, sabemos que ocurre después de la celebración del contrato, durante su ejecución, con la expedición de la Ley 223 de 1.995. Acerca de la imputabilidad del hecho sobre una de las partes, en consideración del contratista, si es un acto imputable al contratante, sin embargo, al no cumplirse este requisito, no indica que no deba ser indemnizado el contratista, ya que como sabemos, cuando el hecho se debe al uso de las facultades extraordinarias de la administración, ya que se estaría incumpliendo con los principios de equidad, y responsabilidad. Por esta razón, al ser la contratante la responsable por la ocurrencia del desequilibrio, también debe responder. En nuestro pensar la contratante no hace uso de sus facultades extraordinarias para modificar las condiciones del contrato, sino que este desequilibrio se debe al resultado de una medida general, que será aplicable a la totalidad de las empresas que cumplan con las especificaciones que menciona la ley, es decir sean empresas de economía mixta y demás. Sin embargo, de haberse presentado este desequilibrio por el uso de las facultades de la administración, concordando con el Tribunal, no puede ser restablecido el contrato con el uso de medidas impositivas, como el silencio administrativo, sino a través, de un acercamiento de las partes o el uso de mecanismos alternativos de solución.

¹⁶⁷ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. "ART. 27. - De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

GLOSARIO

Administración de Justicia; La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordancia nacional.¹⁶⁸

Amigable composición; La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas el estado, las partes y las formas de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.¹⁶⁹

Arbitraje; El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.¹⁷⁰

¹⁶⁸ LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA N° 270 DE 1.996 (Marzo 7). El Congreso de Colombia, Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del estado y esta llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del estado social y democrático de derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla. Artículo 1.

¹⁶⁹ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 130.

¹⁷⁰ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 111.

Arbitraje en derecho; es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito.¹⁷¹

Autoevaluación; Los proponentes se calificarán y clasificarán automáticamente, atendiendo las condiciones previstas en la Ley 80 de 1.993, este decreto y las demás normas concordantes.¹⁷²

Autonomía de la cláusula arbitral; La cláusula arbitral es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.¹⁷³

Axioma; Principio, sentencia, proposición tan clara y evidente que no necesita demostración.¹⁷⁴

Buena fe; (...) la buena fe significa que cada cual debe guardar "fidelidad" a la palabra y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone conducirse como cabía esperar del comerciante honesto.¹⁷⁵

Capacidad; La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.¹⁷⁶

¹⁷¹ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 111.

¹⁷² Decreto 1584 de 1.994. artículo 2°.

¹⁷³ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 116. párrafo.

¹⁷⁴ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 626.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Primera edición, Bogotá: Editorial ediciones Librería del Profesional, 1.996. pág. 110.

¹⁷⁶ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1502.

Calificación; la asignación, por parte del proponente, del puntaje que le corresponde según lo previsto en el presente decreto y la fijación consecuente del monto máximo de contratación.¹⁷⁷

Clases de nulidad; La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes describen para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.¹⁷⁸

Clasificación; La determinación, por parte del proponente, de la o las actividades, especialidades y grupos que le correspondan, según la naturaleza de los trabajos que estime pueda contratar con las entidades estatales.¹⁷⁹

Compromiso; El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal Arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante.¹⁸⁰

Contrato estatal; Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...).¹⁸¹

Contrato de concesión; Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la

¹⁷⁷ DECRETO 1584 de 1.994. artículo 1º, numeral 1º.

¹⁷⁸ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1741.

¹⁷⁹ DECRETO 1584 de 1.994. artículo 1º, numeral 2º.

¹⁸⁰ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 117.

¹⁸¹ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32.

construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.¹⁸²

Cláusula compromisoria; Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.¹⁸³

Consortio; ..., el consorcio consiste en que dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.¹⁸⁴

Debido proceso; el debido proceso es una garantía consagrada generalmente en las constituciones, que tiene por objeto el que la persona que haya sido sindicada de la comisión de un delito, sea sometida en el curso del proceso judicial, a una serie de formas y de etapas que deben ser respetadas, a fin, primordialmente, de que pueda defenderse de los cargos que se le imputan y que el juez pueda proferir sentencia en base a suficientes elementos probatorios, ya sea para absolverla o condenarla.¹⁸⁵

Doctrina; el más valioso de los instrumentos de conocimiento e interpretación de un código y del sistema legislativo está representado por la doctrina, vale decir, por las obras de los juriconsultos.

(...)

¹⁸² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 32, numeral 4°.

¹⁸³ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 116.

¹⁸⁴ RODRIGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Octava edición. Santa Fe de Bogotá: editorial Temis S. A. 1.995. pág. 321.

¹⁸⁵ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Séptima Edición. Santa Fe de Bogotá Colombia: Editorial Temis S. A., 1.997. pág. 509.

las obras de los jurisconsultos no solo interpretan las leyes, sino que en los tiempos actuales ensayan recoger las diversas construcciones de la jurisprudencia; con lo cual su influjo se acrecienta.¹⁸⁶

Economía; MYRON H. UMBREIT, ELGIN F. HUNT Y CHARLES V. KINTER propusieron: *La economía es el estudio de la organización social a través de la cual los hombres satisfacen sus necesidades de bienes y servicios escasos. Aunque no siempre es fácil demarcar las fronteras que separan la economía de otras disciplinas o campos del conocimiento social, actualmente existe un consenso general en relación con su contenido principal. Al ocuparse de las condiciones generales del bienestar, el estudio de la economía introduce la organización social que incluye la distribución de los recursos escasos entre necesidades humanas diversas y el uso de esos recursos con el fin de optimizar su satisfacción.* (RICHARD H. LEFTWICH).¹⁸⁷

Ecuación contractual; En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.¹⁸⁸

Empresas industriales y comerciales del Estado; Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, (...).¹⁸⁹

Engastar; Encajar y embutir una cosa en otra.¹⁹⁰

Entidad estatal; las contempladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1.993.¹⁹¹

¹⁸⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Parte General y Personas. Tomo I. Novena Edición. Bogotá Colombia: Editorial Temis S. A., 1.981. págs. 146 - 147.

¹⁸⁷ ROSSETTI, Jose Paschoal. Introducción a la Economía, enfoque latinoamericano. Séptima Edición. México: Editorial Harla. Pág. 25.

¹⁸⁸ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 27.

¹⁸⁹ Ley 489 DE 1.998 (Diciembre 29). ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 85.

¹⁹⁰ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 458.

¹⁹¹ DECRETO 1584 de 1.994. artículo 1º, numeral 3º.

Entuerto; Tuerto o agravio.¹⁹²

Fiducia; Él artículo 1126 nos presenta la siguiente definición del *trust* o fiducia: " La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. "Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario...".¹⁹³

Finalidades de la función administrativa; La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.¹⁹⁴

Inflación; La depreciación del valor de la moneda (o la reducción del poder adquisitivo de la moneda), identificada como *inflación*, es uno de los más antiguos y controvertidos fenómenos económicos.¹⁹⁵

Irrogar; Tratándose de perjuicios o daños, causar, ocasionar.¹⁹⁶

Insuflar; *tr.* Soplar. **2** Introducir gas o vapor en alguna cavidad orgánica para dilatarla.¹⁹⁷

¹⁹² DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Tercero. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 476.

¹⁹³ VALENCIA Z, Arturo, ORTIZ M., Alvaro. Derecho Civil. Derechos Reales. Tomo II. Décima Edición. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S. A., 1.996. pág. 217

¹⁹⁴ Ley 489 DE 1.998 (Diciembre 29). ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 4.

¹⁹⁵ ROSSETTI, Jose Paschoal. Introducción a la Economía, enfoque latinoamericano. Séptima Edición. México: Editorial Harla. Pág. 158.

¹⁹⁶ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 219.

¹⁹⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA PLUS. Santafé de Bogotá Colombia: Editorial Norma, 1.998. Pág. 61.

Jurisprudencia; Entiéndese por *jurisprudencia*, dentro del lenguaje corriente, el conjunto de decisiones proferidas por los jueces en la aplicación de las leyes. (...) ¹⁹⁸

Lato (ta); Dilatado, extendido. - *fig.* Apl. al sentido que por extensión se da a las palabras y no es el que exacta, literal o rigurosamente le corresponde. ¹⁹⁹

Libertad de empresa; Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la Ley. ²⁰⁰

Línea telefónica; Conjunto de las estaciones y alambres conductores de un teléfono.. ²⁰¹

Línea de televisión; en la técnica de televisión, ascensión o exploración en sentido horizontal sobre la imagen. Durante la exploración de la imagen en una telecamara, se obtiene una video señal; en la recepción a través del trazo de l. sucesivas sobre la pantalla del cinescopio, aparece reproducida la imagen, pues durante la exploración de cada l. el haz de electrones modulado por las señales vídeo excita las capas de fósforo de la pantalla, haciendo que cada punto sea mas o menos luminoso según la condición lumínica del tema que se reproduce. El tiempo de exploración de una l. así como el número de l. que constituyen la línea completa, son características del estándar televisivo empleado. ²⁰²

Liquidación unilateral; Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. ²⁰³

Negocio inexistente; ..., negocio inexistente es aquel al que le falta una condición esencial y, por lo tanto, no produce efectos jurídicos. ²⁰⁴

¹⁹⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I. Novena Edición. Bogotá - Colombia: Editorial Temis S. A., 1.981. pág. 61.

¹⁹⁹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 365.

²⁰⁰ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 10.

²⁰¹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 431.

²⁰² DICCIONARIO ENCICLOPEDICO EXITO. Tomo Ocho. Ediciones Danae, S. A. Badalona (Barcelona).

²⁰³ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993, artículo 61.

²⁰⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I. Novena Edición. Bogotá - Colombia: Editorial Temis S. A., 1.981. pág. 553.

Negocio nulo; Negocio nulo es aquel que llena las condiciones esenciales de existencia y, por lo tanto, alcanza a nacer a la vida jurídica, pero que puede ser destruido (Sic.) en lo futuro en razón de la ausencia de alguna condición o requisito de validez. En general, esta es la noción de nulidad en el derecho positivo (C. C., arts. 1740 y ss).²⁰⁵

Novación; La novación es una operación que, de una sola vez, extingue una obligación para reemplazarla por otra.²⁰⁶

Pacto arbitral; Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.²⁰⁷

Persona jurídica; En relación con las *jurídicas*, el artículo 633 del mismo Código advierte: "Se llama *persona jurídica* una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".²⁰⁸

Precio; es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización facultativa para los administrados.²⁰⁹

Principios de la función administrativa; La función administrativa se desarrollara conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicaran, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.²¹⁰

²⁰⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I. Novena Edición. Bogotá - Colombia: Editorial Temis S. A., 1.981. pág. 555.

²⁰⁶ MAZEAUD, Henri y León, MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Volumen III. Buenos Aires: Editorial Ediciones Jurídicas Europa - América, 1.960. pág. 458.

²⁰⁷ LEY 446 DE 1.998 (julio 7). DESCONGESTIÓN, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1.991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1.991 y del Decreto 2279 de 1.989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Artículo 115.

²⁰⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I. Novena Edición. Bogotá Colombia: Editorial Temis Librería, 1.981. pág. 608.

²⁰⁹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1.996. pág. 117.

²¹⁰ Ley 489 DE 1.998 (Diciembre 29). ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las

Probidad; Calidad de probo, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el obrar.²¹¹

Probo (ba); Honrado, íntegro.²¹²

Procedencia de la peritación; La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.²¹³

Proponente; Persona natural o jurídica que esté sujeta a inscribirse en el registro de proponentes de que trata el artículo 22 de la Ley 80 de 1.993.²¹⁴

Nugatorio; Engañoso, que burla la esperanza que se había concebido o el juicio que se tenía hecho.²¹⁵

Red interna; Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere.²¹⁶

Red local; es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles. La construcción de estas redes se regirá por el Decreto 951 de 1.989, siempre y cuando éste no contradiga lo definido en esta Ley.²¹⁷

entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 3.

²¹¹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 265.

²¹² DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Quinto. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 265.

²¹³ DECRETOS 1400, 2019, 2282 (Agosto 6 y Octubre 26//70, y Octubre 7//89). CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil y se introducen algunas modificaciones. Artículo 233.

²¹⁴ DECRETO 1584 de 1.994. artículo 1º, numeral 4º.

²¹⁵ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Tomo Octavo. W. M. Jackson, Inc. Buenos Aires: Editorial Argentina Aristides Quillet, S. A. Pág. 435.

²¹⁶ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 14, numeral 14.16.

²¹⁷ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 14, numeral 14.17.

Régimen de los actos y contratos; Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1.993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.²¹⁸

Regulación de los servicios públicos domiciliarios; la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la Ley y los reglamentos.²¹⁹

Rescisión bilateral; Esta - también llamada rescisión por mutuo acuerdo - se opera cuando las partes convienen extinguir el contrato: la concesión puede extinguirse en cualquier momento por común voluntad de partes.

Ahora bien, esta rescisión debe responder a motivos fundados y no puede basarse en el solo propósito de favorecer al concesionario eximiéndolo de sus obligaciones, para luego tener que celebrarse un nuevo contrato en condiciones mas onerosas.²²⁰

Rescisión unilateral; Aquí el contrato se extingue por voluntad de una de las partes.

La rescisión puede ser motivada por:

1) Incumplimiento del ente concedente. Ante ciertos comportamientos, hechos o conductas de la entidad concedente, el concesionario puede solicitar al órgano jurisdiccional competente la rescisión del contrato.

(...)

2) Incumplimiento del concesionario. Si el concesionario incurre en falta o incumplimiento de sus obligaciones, de cierta gravedad, procede la rescisión del contrato.

(...)

²¹⁸ Ley 489 DE 1.998 (Diciembre 29). ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 81.

²¹⁹ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 14, numeral 14.18.

²²⁰ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1.996. pág. 136.

3) Incumplimiento por caso fortuito. El caso fortuito o la fuerza mayor es una causal que puede invocar el concesionario para extinguir el contrato, ya que la ejecución de sus obligaciones se ha hecho imposible.
(...).²²¹

Reversión; En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba ejecutar compensación alguna.²²²

Servicio público; Toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.²²³

Servicios públicos esenciales; Los servicios públicos esenciales o básicos, conforme al pensamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, son "los que deben concretarse principal y prioritariamente a los cometidos estatales, de policía, seguridad civil, justicia, educación básica y defensa nacional".²²⁴

Servicios públicos domiciliarios; Para los efectos del presente decreto se entenderá por servicios públicos domiciliarios los de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local, y telefonía de larga distancia nacional e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y gas natural domiciliario.²²⁵

Servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada; Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red de telefonía conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la

²²¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1.996. pág. 136 - 138.

²²² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1.993. artículo 19.

²²³ DECRETO 753 de 1.956. artículo 1°.

²²⁴ PENAGOS VARGAS, Gustavo. El Servicio Público. Primera edición. Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho. 1.995. Pág. 119.

²²⁵ PENAGOS VARGAS, Gustavo. El Servicio Público. Primera edición. Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho. 1.995. Pág. 132.

cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1.993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen.²²⁶

Tarifa; no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas.²²⁷

Tarifa; Las *tarifas* consisten en unas listas o cartas de los precios que se deben pagar por la obtención de determinados servicios. Así, por ejemplo, las tarifas eléctricas indican lo que se debe pagar a cambio del consumo realizado de energía eléctrica (;...).²²⁸

Tasa; es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización obligatoria para los usuarios; y así, los servicios municipales de alumbrado, barrido y limpieza se retribuyen mediante tasas.²²⁹

Telecomunicaciones; Las telecomunicaciones han sido definidas en repetidas ocasiones a nivel legislativo como aquellas transmisiones, emisiones, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por sistemas conductores como hilos, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos.

Las telecomunicaciones se realizan a través de ondas hertzianas, que se crean artificialmente y que son manipuladas por el hombre de acuerdo con las leyes físicas.²³⁰

Usuario; Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble donde éste se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.²³¹

²²⁶ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 14, numeral 14.26.

²²⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1.996. pág. 116.

²²⁸ CULTURAL JUNIOR. Tomo Diez. Pamplona: Editorial Salvat, S. A. de Ediciones, 1.984. pág. 113.

²²⁹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1.996. pág. 116.

²³⁰ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Séptima Edición. Santa Fe de Bogotá Colombia: Editorial Temis S. A., 1.997. pág. 112.

²³¹ LEY 142, de julio 11 de 1.994. Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 14, numeral 14.33.

5. CONCLUSIONES

El arbitramento, al igual que otros métodos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, y la amigable composición, en la actualidad han tomado una importancia enorme en nuestro país, a pesar de ser poco el material que existe para regular su funcionamiento, han comenzado a interesarse más los legisladores, por lo que esperamos que en pocos años se encuentre lo mayor posible regulado e implementado.

El arbitramento internacional, por su parte es un método bastante empleado, ya que gracias al proceso de globalización que sufre el mundo, tocando aspectos como el legal, se ha hecho imprescindible con el fin de darle agilidad a la resolución de conflictos que puedan suscitarse en la relación de personas vinculadas a más de un estado diferente, siendo un método eficaz, efectivo, y si sigue avanzando su implantación, económico en todos los aspectos.

El arbitramento, como método alternativo de solución de conflictos, al que se llega por acuerdo entre las partes de acudir de manera voluntaria aun tercero, para que éste solucione un conflicto, constituye una práctica, más rápida e informal de administrar justicia, sin embargo, para los casos que estudiamos, podemos ver como esta informalidad, no se confunde con falta de conocimientos o con falta de estudio del caso, al contrario constituye una práctica, que se acerca más a los implicados en el proceso, es realizado por expertos en la materia (abogados, ya que se trataron casos de arbitramento en derecho), y que además utilizan sistemas, personas, exámenes y todas las herramientas que sean del caso para analizar cada uno de los hechos y circunstancias que rodeen un conflicto, y de esta forma poder dar un justo tratamiento y conclusión efectiva al conflicto.

En materia contencioso administrativa, la práctica del arbitramento resulta muy beneficiosa, ya que contiene, además de las formas, medios y normas necesarias para su aplicación, una característica que lo hace de bastante utilidad y es el ser un método económico (aunque hasta hace poco esto no se evidenciaba en materia dineraria), en lo que a tiempo se refiere, y ya que al tratarse de contratación con el Estado, nos estamos refiriendo a la prestación de servicios para el uso a la comunidad; como en los casos estudiados, donde lo que se discutía era un conflicto que tenía incidencia en la prestación efectiva de un servicio público, los cuales tienen entre sus deberes el de continuidad. Con lo que se evidencia la utilidad de este método, ya que permite una resolución rápida a un conflicto, y por lo tanto una mejor prestación de los servicios, un cumplimiento efectivo a los principios y normas que dirigen este sector y por supuesto una garantía a la seguridad jurídica de la que debemos gozar todos los miembros del Estado.