

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C, primero (01) de julio de dos mil quince (2015)

**Radicación número:** 470012331000200400609 01 (39.622)

**Actor:** Vives Comunicaciones S.A.

**Demandados:** Comisión Nacional de Televisión

**Asunto:** Acción Contractual (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 9 de junio de 2010<sup>1</sup> proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que resolvió:

*“(..). 1º **DECLARAR** infundados los medios exceptivos de “falta de competencia territorial” y “excepción de contrato no cumplido. Incumplimiento de Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial” propuesta por la Comisión Nacional de Televisión, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*2º **DENEGAR** las súplicas del libelo, de conformidad a las consideraciones de este proveído”.*

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Lo pretendido**

El 13 de mayo de 2004<sup>2</sup>, **Vives Comunicaciones S.A.** por intermedio de su representante legal y a través de apoderado judicial<sup>3</sup>, presentó demanda contra la **Comisión Nacional de Televisión** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 453 de 20 de mayo de 2002 y No. 935 de 26 de septiembre de 2002, por medio de las cuales la Comisión Nacional de Televisión declaró y confirmó la caducidad del contrato de concesión No. 184 de 1999 suscrito entre Vives Comunicaciones S.A., y la Comisión Nacional de Televisión. Por ser inconstitucionales, ilegales y arbitrarias.

---

<sup>1</sup> Fls.715-745 C.P

<sup>2</sup> Fls.2-30 C.1

<sup>3</sup> Fls.2 C. 1.



2- Que se condene a la Comisión Nacional de Televisión a pagar a favor de Vives Comunicaciones S.A., los daños y perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad así:

2.1.- A título de perjuicios materiales, la suma de \$93.000.000.00, derivados *“del valor total que como utilidad por la explotación de la concesión deja de percibir la sociedad demandante durante los años que faltaron para su cumplimiento, que incluida su prórroga, ascienden a dieciocho (18) años aproximadamente (...)”*.

2.2.- Por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 100 SMLMV.

**2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así<sup>4</sup>:**

El día 14 de diciembre de 1999 Vives Comunicaciones S.A. suscribió con la Comisión Nacional de Televisión, el Contrato de Concesión No. 184 de 1999 cuyo objeto era la explotación del servicio de televisión por suscripción en el Distrito de Santa Marta.

Posteriormente, la Comisión Nacional de Televisión, mediante las Resoluciones No. 453 de 20 de mayo de 2002 y No. 935 de 26 de septiembre de 2002, declaró y confirmó la caducidad del contrato de concesión No. 184 de 1999, por cuanto consideró:

1.- Que la Sociedad Vives Comunicaciones, violó: (i) el régimen de inhabilidades, incompatibilidad y prohibiciones, toda vez que el señor Alfredo Vives Lacouture, representante legal y accionario de dicha sociedad, se encontraba bajo la prohibición legal del artículo 58 de la Ley 182 de 1995; y (ii) el pliego de condiciones de la licitación establecía como requisito para participar en el proceso de selección, no encontrarse incurso en alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para contratar con la Comisión Nacional de Televisión.

2.- Hubo inconsistencias en el pago por concepto de concesión y compensación pactado en el contrato No. 184 de 1999, derivadas de la aplicación incorrecta de los métodos contables de causación.

No obstante, manifestó la sociedad demandante que dichos actos administrativos son inconstitucionales e ilegales toda vez que:

---

<sup>4</sup> Fls.3-7 C.1



1.- No se le informó de manera previa, los motivos por los cuales se le iba a declarar la caducidad del contrato No. 184 de 1999, vulnerándose de esta manera el derecho al debido proceso y el derecho de defensa.

2.- Los actos administrativos están imbuidos de falsa motivación, abuso y desviación del poder por cuanto: (i) de haberse incurrido en una inhabilidad e incompatibilidad, la entidad contratante debió haber solicitado el retiro de dicho socio de la sociedad y no haber declarado la caducidad del contrato; (ii) Vives Comunicaciones S.A., canceló de manera oportuna los valores adeudados por concepto de concesión y compensación; y (iii) el incumplimiento de las obligaciones del contrato, derivado de la utilización de una contabilidad diferente a la pactada, en el negocio jurídico, no estaba revestido de gravedad alguna que conllevara la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones contractuales.

### 3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda<sup>5</sup> y notificada la Comisión Nacional de Televisión<sup>6</sup>, el asunto se fijó en lista.

3.2.- La Comisión Nacional de Televisión contestó la demanda<sup>7</sup>, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones<sup>8</sup> porque según la información reportada por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, el representante legal y accionista de la sociedad Vives Comunicaciones S.A. fue condenado por el delito de posesión con intención de distribuir cocaína y terminó de cumplir la condena el 22 de abril de 1993. Situación que configura la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 506 de 1999.

Adicionalmente, la sociedad demandante al momento de presentar su propuesta manifestó bajo la gravedad de juramento no estar incurso en ninguna prohibición, *“engañando a la Comisión Nacional de Televisión, en los documentos presentados para demostrar las calidades y requisitos exigidos tanto en la Ley como en el pliego de condiciones”*.

---

<sup>5</sup> Fls.301 C. 1.

<sup>6</sup> Fl.310 C. 1.

<sup>7</sup> Fls.1-50 C.2

<sup>8</sup> Es de anotar que la entidad demandada solicitó en esta instancia la nulidad de todo lo actuado porque consideró que el Tribunal Administrativo del Magdalena no tenía competencia para conocer de la controversia. La nulidad fue denegada por el *A quo* mediante auto de 14 de julio de 2005. (Fls.334-336 C.1)



En cuanto a la violación del sistema de causación y el incumplimiento de las obligaciones económicas a cargo de la sociedad concesionaria, la entidad manifestó:

*“(...) La Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con las funciones de inspección atribuidas, practicó visita administrativa al concesionario Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial, los días 13 y 14 de noviembre de 2001; en desarrollo de la diligencia se estableció según consta en el Acta de Inspección respectiva, que la sociedad maneja la cartera como un libro auxiliar de cuentas por cobrar, debido a que utilizan una contabilidad de caja y no de causación (...).*

*(...)*

*Tal como se señaló en la Resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Vives Comunicaciones, si bien el concesionario consignó un valor por concepto de la compensación, la totalidad de su valor no se encontraba cubierta; las copias de recibo que anexó con respecto a los valores adeudados por compensación, corresponden a pagos efectuados en octubre de 2001, existiendo en consecuencia una ostensible violación de las obligaciones contractuales, atinentes al plazo para realizar los pagos tanto por concesión, como por compensación”.*

3.2.- Una vez decretadas y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión<sup>9</sup>, oportunidad que fue aprovechada por aquellas, pero éste último no rindió su concepto.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, el 9 de junio de 2010 el Tribunal Administrativo de Magdalena negó las súplicas de la demanda.

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

*“(...) La desatención o el más mínimo interés por parte de la Sociedad Comercial en efectuar los controles del caso a fin de impedir que una persona con una causal impeditiva o inhabilitante para poder contratar con el Estado no la legitima en un momento dado para aducir el que estuvo asistida de buena fe máxime si se considera que mal podría argüirse el desconocimiento de tal situación (sentencia condenatoria del representante legal) cuando es lo cierto por demás al ser un hecho paladino y notorio en esta urbe que la sociedad Vives Comunicaciones la conforman miembros de una misma familia, los cuales por obvias razones, deben estar sabidos del antecedente penal que pesaba sobre el señor Alfredo Vives Lacoture el cual purgó una sentencia en el extranjero.*

*Sumado a lo anterior, no puede soslayarse además el que se pretende por parte del pronunciamiento de constitucionalidad al que se hizo mención en forma precedente amparar, precisamente a la persona jurídica de la cual se presume su buena fe más no a sus socios individualmente considerados. Es más no puede pasar desapercibido para la Sala que en el sub examine si concurría una causal impeditiva para contratar con el Estado por parte del gerente o representante legal de la sociedad, era él quien estaba obligado a exteriorizarlo así la sociedad para*

<sup>9</sup> Fl.658 C. 1.



*que esta procediera a excluirlo, empero, mal podría considerarse que el descuido o negligencia radicó en la Comisión Nacional de televisión toda vez que la conducta reprochable descansaba precisamente en la personal con la cual sostenía relaciones de indole administrativo y comercial. Amen, de que se trataba de una condena purgada en el exterior y por ello era dable suponer que acerca de la misma no existía información en la base de datos de los órganos oficiales instituidos para tal menester.*

*(...) El proferimiento de las decisiones impositivas de caducidad contractual estuvo precedido de todo el adelantamiento de un debido proceso administrativo en donde se le dio la oportunidad al actor de conoer las incriminaciones o cargos a él formulados a más de que los mismos le fueron puestos en conocimiento debidamente e incluso tuvo la oportunidad de desvirtuar allegando y solicitando la práctica de pruebas que estimara pertinentes e interponiendo los medios de impugnación legalmente instituidos. En efecto, para la Sala estuvo atinada la CNTV cuando procedió motu proprio a declarar la caducidad contractual habida cuenta de la existencia de varios eventos generadores de la misma propiciada por la conducta deliberada de la sociedad al sustraerse al cumplimiento de las obligaciones surgidas de la relación negocial”.*

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 21 de junio de 2010 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación<sup>10</sup> que fue sustentado mediante escrito del 8 de septiembre de 2010<sup>11</sup> y en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, en consideración a que:

1.- La sentencia incurrió en vía de hecho porque: (i) no realizó una valoración probatoria objetiva de las pruebas aportadas al proceso y (ii) tuvo como plena prueba para demostrar la inhabilidad en la que incurrió el representante legal de Vives Comunicaciones S.A., el fax suscrito por el Consulado de Colombia en Miami el 3 de abril de 2002, mediante el cual se informó que el señor Alfredo Lacouture fue condenado a 8 años de prisión y 4 años en libertad vigilada en Estados Unidos, el cual fue allegado al plenario sin haberse cumplido con el tramite del exequátur.

2.- Desconoció el hecho de que quien generó el incumplimiento de la parte actora, fue la misma Comisión Nacional de Televisión al no adoptar las medidas necesarias para que *“operadores piratas ejercieran y presentaran el servicio, hecho esté que afectó notablemente los ingresos de la sociedad Vives Comunicaciones, tal como quedó demostrado con las pruebas documentales, testimoniales y dictámenes periciales recobrados dentro del proceso”.*

### IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

<sup>10</sup> Fls.747 C.P

<sup>11</sup> Fls.752-758 C.P



El señor Agente del Ministerio Público mediante escrito de 22 de febrero de 2011 rindió el concepto No. 040/2011<sup>12</sup> en el que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto: 1.- La inhabilidad en cabeza del representante legal de la sociedad contratista se encuentra acreditada dentro del proceso, sin que fuera necesario el agotamiento del exequátur. 2.- Esta plenamente demostrado dentro del proceso con los requerimientos formulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión a la sociedad contratista, que está última incumplió con sus obligaciones contractuales, al no pagarle lo correspondiente por concepto de compensación y concesión.

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo el 1 de marzo de 2011<sup>13</sup> y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

## V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) Naturaleza Jurídica de la Comisión Nacional de Televisión (2) El contrato estatal de concesión; (2.1) El contrato de concesión de servicios públicos; (2.2) El contrato de concesión del servicio público de televisión según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 – Ley vigente para la época de los hechos; (3) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades. (4) El acto administrativo y la presunción de legalidad; (5) La caducidad del contrato estatal; (6) Caso concreto.

### 1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión<sup>14</sup>.

La Comisión Nacional de Televisión es uno de los organismos autónomos establecidos en la Constitución Política de 1991. De conformidad con los artículos 76 y 77 de la Constitución, dicho organismo es de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio y está encargado de “*la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley*”. Asimismo, se señaló que la dirección y ejecución de sus funciones estaría a cargo de una Junta Directiva cuya composición y periodo fue expresamente regulado.

---

<sup>12</sup> Fls.815-880 C.P

<sup>13</sup> Fls.831 C.P

<sup>14</sup> Al respecto consultar sentencias de 9 de mayo de 2011, Exp. 31.571 M.P. Jaime Orando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de 2012, Exp. 38.954, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Así las cosas, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la Comisión Nacional de Televisión fue creada por el constituyente como un ente “*encargado de ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y para desarrollar los planes y programas del Estado en materia de televisión.*”<sup>15</sup>

Por su parte, la autonomía que se predica de la Comisión Nacional de Televisión es, sin lugar a duda, su característica definitoria. Así, si bien dicho organismo está sujeto a la Constitución y a la ley, tal autonomía se manifiesta en que no está sujeta a otras autoridades distintas del Legislador y, además, ostenta la facultad constitucional de proferir normatividad en relación con el servicio público de televisión<sup>16</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que dicha autonomía no es un rasgo accidental del citado organismo, por el contrario, “*En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario*”<sup>17</sup>.

Mediante la Ley 182 de 1995 se reglamentó la Comisión Nacional de Televisión y se delimitaron su objeto<sup>18</sup> y funciones<sup>19</sup>, dentro de las cuales, para efectos del caso objeto de análisis, sobresalen aquellas orientadas a dar desarrollo a las políticas sobre la televisión y que consecuentemente implican la producción de normas de carácter general y particular.

En atención a los anteriores planteamientos, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la referida autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es óbice

---

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 351 de 2004. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-350 de 1997. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz y C-298 de 1999. Magistrada Ponente. Martha Victoria Sáchica. Por su parte, en la sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte sostuvo: “...[La CNTV] goza de una verdadera autonomía, similar a la conferida al Banco de la República y que le permite, en todo caso, investigar, sancionar, fijar tasas, formular planes, promover estudios sobre televisión y, en general, cumplir todas las tareas que le corresponden como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión, teniendo como cabeza principal a su Junta Directiva.”

<sup>18</sup> Artículo 4.

<sup>19</sup> Artículo 5.



para que los actos administrativos que expida sean susceptibles de control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativa<sup>20</sup>.

## 2. El contrato estatal de concesión<sup>21</sup>

La premisa inicial es que el “modelo democrático del ejercicio del poder, conforme lo anterior, determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos”<sup>22</sup>.

De esta manera, la “actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de manera igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2007. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. “*En lo que respecta a la función de producción normativa de la CNTV, vale la pena evidenciar que ésta se deriva en parte de la Constitución Política y en parte de la Ley; ésta situación, sin embargo, no excluye el control de legalidad y de constitucionalidad de sus actos, que en virtud del carácter taxativo de las normas objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y la competencia residual que en esta materia le corresponde al Consejo de Estado, es ésta Corporación la garante de la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones normativas de éste organismo autónomo.*

*De esta manera, el control de legalidad (en un sentido formal) y de constitucionalidad de los actos administrativos proferidos por la CNTV, le corresponde a esta Corporación, y para ello, los ciudadanos, cuentan con la acción de nulidad<sup>20</sup> y consecuente con ello, deben observar las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y demás normatividad pertinente.*

*Se puede decir entonces, que desde una perspectiva material y amplia, éstas pueden calificarse como actos administrativos, toda vez que son manifestaciones de una entidad pública, que producen efectos frente a sujetos de derecho determinados o indeterminados y son objeto del control de constitucionalidad y legalidad del Consejo de Estado.”*

<sup>21</sup> SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010.

<sup>22</sup> SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, p.238.

<sup>23</sup> SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, pp.239 y 240.



La concesión administrativa<sup>24</sup> es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –*dominio público*–, servicios –*servicios públicos*– y obras –*infraestructura pública*<sup>25</sup>, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –*concesiones administrativas*– o contratos –*negocios jurídicos públicos*–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas<sup>26</sup> –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas<sup>27-28</sup>– para explotarlos económicamente<sup>29</sup> con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador<sup>30</sup>.

En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas<sup>31</sup>, que opera de

---

<sup>24</sup> JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, pp. 687 y 696.

<sup>25</sup> JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), No. 10, 2001, p. 79.

<sup>26</sup> LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 307 y ss.

<sup>27</sup> VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 699. Véase el interesante enfoque del autor en relación con las concesiones constitutivas y las traslaticias de funciones y poderes a los concesionarios. Puede consultarse así mismo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 954 y 955.

<sup>28</sup> Constitución Política de Colombia, art. 210.

<sup>29</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 358.

<sup>30</sup> LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones generales*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 1053 y ss.

<sup>31</sup> Es necesario tener en cuenta que el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder (PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 27 y ss.; ID. *Derecho administrativo*, cit., p. 1053), obtiene sus raíces y sustentos remotos en las experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las instituciones actuales de nuestra disciplina (SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996). Si bien es cierto que no pretendemos sostener la presencia propiamente de un derecho administrativo romano, ante la inexistencia, en la época, del concepto de división de poderes, propio del modelo del Estado constitucional (MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1987, pp. 9 a 12. Del mismo autor puede consultarse *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 37 a 40;



manera exclusiva y restrictiva respecto de bienes, servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales<sup>32</sup> y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional<sup>33</sup>, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia<sup>34-35</sup>.

La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables<sup>36</sup>, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado,

---

“L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo”, en *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, CEDAM, 1988), de todas maneras las investigaciones sobre las instituciones públicas romanas nos demuestran que esta cultura desarrolló, para enfrentar la creciente problemática de lo público, una compleja sistemática que podríamos catalogar de administrativa, a través de la cual se plantearon y resolvieron satisfactoriamente grandes cuestiones teóricas y prácticas que aún hoy se plantean en nuestras instituciones administrativas y son objeto de profundos debates, dentro del que denominamos derecho administrativo (ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 213 a 336).

<sup>32</sup> VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 695. La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. “(...) En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentales, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos (...)”.

<sup>33</sup> El asunto en nuestro derecho es de carácter constitucional. Con fundamento en el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, al igual que por las comunidades organizadas para estos efectos, o por particulares en los términos y condiciones que establezca la ley. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Al ocuparse la Constitución Política en definir de la formas de prestación de los servicios públicos por parte del Estado, incorporando la modalidad de indirecta le abrió de manera clara e indiscutible las puertas a la figura de la concesión administrativa, por lo menos en cuanto a las actividades de obras, servicios públicos o la mixtura de estas dos, destacando, para estos efectos, la imposibilidad de pérdida de la titularidad pública de estas actividades, por el solo hecho de la prestación indirecta, debiendo en todos los casos el Estado preservar en relación con el concesionario la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos.

<sup>34</sup> GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359.

<sup>35</sup> MIRIAM MABEL IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Caracas, Sherwood, 2006, pp. 49 y ss.

<sup>36</sup> CHAPMAN. “La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes”, ponencia general presentada al XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359. “[...] Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas [...]”.



mediante la retribución de su actividad<sup>37</sup> de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada<sup>38</sup>.

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

*“(...) los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

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

*“La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual<sup>39</sup>”.*

De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión<sup>40</sup>: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un

<sup>37</sup> *Ibíd*em

<sup>38</sup> ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en LUIS ORTEGA y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA. *Legalidad de e autonomía contractual nos contratos administrativos*, Lisboa, Almedina, 2003, pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 98 y ss.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp.: 26.939

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390.



servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en *“la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”*, diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimiento del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la *“prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público”*<sup>41</sup>.

## **2.1 El contrato de concesión de servicios públicos**

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

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998. Exp.: 10217. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que *“el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público”*



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



pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo negocio. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad<sup>42</sup>.

En consecuencia, a través del contrato de concesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la Constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberalizadores y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o merito, resuelve hacer de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular los componentes que considere necesario por su cuenta y riesgo pero bajo su inmediata supervisión<sup>43</sup>.

De igual forma, en virtud de su naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter privado para el ejercicio de las actividades contratadas están sujetos y subordinados por la ley al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio, la cual es constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y regulación de los servicios públicos<sup>44</sup>.

Ahora bien, la Sala destaca que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal, con objeto pluricomprendido en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas, a través del cual el Estado, diseña para el interés público proyectos trascendente, entre otros los de infraestructura<sup>45</sup>; elaborando para el efecto, a través de procesos de

---

<sup>42</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Tesis doctoral sustentada el 10 de febrero de 2010 en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el catedrático de derecho administrativo Luciano Parejo Alfonso, pp.401 a 405.

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. “(...) *El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales. Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes (...)*”.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. “[...] *Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendida, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y*



planeación previa del negocio, modelos económicos y financieros que soportados en elementos de tiempo y recaudo, u otras metodologías libremente adoptadas, los viabilicen, garanticen los intereses generales y permitan determinar con certeza la adecuada, necesaria y oportuna remuneración al concesionario<sup>46</sup>.

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

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

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

Adicionalmente, por sus características, el contrato de concesión de servicios públicos, es de por si un contrato que rompe con la dogmática tradicional de los contrato conforme a las construcciones del individualismo jurídico. La concesión involucra intereses y derechos claramente colectivos, esto es, de titularidad en cabeza de la comunidad, que es en últimas, la destinataria de la prestación concesionada; intereses estos en permanente interrelación con los derechos e interés subjetivos del concesionario, y por qué no decirlo, con los mismos intereses subjetivos que le puedan asistir al Estado en

---

*como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato [...].*

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. “[...] Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia [...]”



cuanto sujeto de derechos, y responsable directo en derecho de que las obligaciones del negocio se cumplan por el concesionario de acuerdo a lo pactado. La figura concesional nos introduce por lo tanto por los senderos de una interesante trilogía obligacional, de derechos e intereses, todos ellos exigibles.

Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo del negocio<sup>47</sup>. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, con las limitaciones que para efectos de los desarrollos en materia de infraestructura establece la ley 105 de 1993<sup>48</sup>.

Por otra parte, es menester manifestar que es de la esencia del contrato de concesión la identificación plena de los riesgos<sup>49</sup> a cargo de las partes contratantes, su asignación y la carga de los mismos por el concesionario, en los términos previstos en el contrato. Los riesgos en consecuencias constituyen los aleas normales a cargo del contratista, cuando los mismos, se insiste, han estado incorporados en los cálculos y previsiones efectuadas antes de contratar. Bajo esta perspectiva, el concepto de riesgo contenido en la definición del artículo 32 No. 4 de la ley 80 de 1993 no es absoluto, pudiendo ser vulnerable a situaciones de imprevisibilidad o de aleas anormales incontenibles e imposibles de calcular, mas no así a los incumplimientos o problemas derivados de la mala planeación o estructuración de las propuestas efectuadas por los concesionarios, casos en los cuales deberán asumir la carga obligacional que el riesgo implica<sup>50</sup>.

En consecuencia, es de la esencia del contrato de concesión bajo los parámetros legales colombianos el de la asignación de riesgos, determinados los mismos sobre la base del conocimiento profesional calificado en un área específica por parte del concesionario. Así las cosas, todo lo que como efecto negativo suceda en esa área, lo deberá soportar aquel al que se le adjudicó, por la consideración que el profesional o conecedor, técnico o

---

<sup>47</sup> *Ibíd.* “[...] *Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión [...]*”.

<sup>48</sup> Ley 105 de 1993 Artículo 32.

<sup>49</sup> FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pg 131 Nota No 191. “En el lenguaje jurídico ‘riesgo’ es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor” F. Consentini, *Rischio, Teoría generale*, II, en *Digesto Italiano*, XX, Torino, 1916, p. 1044. “De manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa comprometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total. Además, puede incluirse en ella la depreciación económica, en cuanto priva a la cosa de todo valor”: Demongue, *Traité des obligations*, 6, cit. No. 113.”

<sup>50</sup> GASTÓN JEZÉ. *Principios* Tomo III. Pg 373.



científico tenía, lo que lo llevaba a la consideración de mejor conocedor del asunto, es decir, tenía la mejor condición para preverlo y contrarrestar sus efectos<sup>51</sup>.

Por último, el ejercicio de la vigilancia y control de los contratos de concesión por parte de la entidad concedente y su obligatoria definición al momento de la estructuración del negocio deviene del artículo 365 constitucional, el cual se reitera de manera específica en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 y se puede ejercer de acuerdo a lo pactado, en lo que se pueda considerar materia negociable. Por ejemplo, costos del control y vigilancia, o de considerarlo prudente y oportuno la entidad, de manera adicional, por fuera de los marcos del contrato, dándole aplicación directa a la norma constitucional indicada, a través de las figuras e instituciones que la administración considere necesarias, adecuadas y oportunas para el debido seguimiento al contrato en cuestión y la adopción de las decisiones correctivas o de otra naturaleza que sean necesarias, dado el carácter y naturaleza de la figura que implica, necesariamente, el desprendimiento material de servicios de titularidad pública y, sobre todo, que involucra la posibilidad de que se estén cumpliendo funciones públicas administrativas por el concesionario, lo cual amerita el permanente, continuo y profundo acompañamiento de la ejecución del negocio en todos sus aspectos.

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

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

---

<sup>51</sup> Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. “... En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública." pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso...”



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

Dichas modalidades se aplican atendiendo la clasificación del servicio que en función del nivel de cubrimiento establece el artículo 22 de la ley 182 de 1995. Así, si se aspira a ser operador zonal, previa licitación pública<sup>9</sup>, podrán acceder, por contrato, personas jurídicas, más específicamente sociedades de capital abierto, esto es sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en una bolsa de valores (artículo 56 Ley 182 de 1995).<sup>10</sup>

Si se aspira a ser operador local en comunidades que no excedan los 300.000 habitantes, podrán acceder, de conformidad con el artículo 47 de la ley 182 de 1995, previo proceso de licitación y otorgamiento de la respectiva licencia en audiencia pública, organizaciones comunitarias o personas jurídicas con ánimo de lucro, siempre que el énfasis de la programación que ofrezcan sea de contenido social o comunitario.

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

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



### 3. Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones

La competencia del legislador para establecer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que rigen la contratación del Estado, emana del contenido del artículo 150 de la C.P., el cual le atribuye al Congreso la obligación de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

*"Las inhabilidades y las incompatibilidades que, en desarrollo de esa facultad, consagra la ley como aplicables a los particulares que contratan con la administración, tienen por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa."<sup>52</sup>*

Las inhabilidades que operan en el régimen de contratación del Estado, pueden definirse como *"(...) las limitaciones o restricciones...predicables de la relación Estado-particulares, que afectan los diversos momentos de formación, celebración, y ejecución de los contratos estatales"<sup>11</sup>*, como tales pertenecen *"(...) al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (art. 6 C.P.)"*. Ellas son circunstancias que en criterio del legislador impiden o imposibilitan a una persona, natural o jurídica, para contratar con el Estado, o que al configurarse cuando la persona ya tiene la calidad de contratista, impiden que la relación prosiga en términos de legitimidad, pues su objetivo primordial es contribuir a la realización de los principios de **moralidad, idoneidad, imparcialidad y eficacia** que consagra la Constitución<sup>53</sup>.

Las inhabilidades que establece la ley están dirigidas, esencialmente, a hacer prevalecer el interés superior del Estado, por eso, *"(...) una vez el legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general...puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran"<sup>12</sup>*.

Al abordar la constitucionalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional, en primer lugar ha aludido al concepto de capacidad contractual de las persona, para concluir que las inhabilidades constituyen una limitación a dicha capacidad.

Al respecto, con alusión a la sentencia C-178/96, la Corte refirió:

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>53</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.



*"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 aquélla 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. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6o.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad".*

*"Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuales eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc.), así como los órganos que tienen la representación para los mismos fines (arts. 2 numeral 1o. y 11)".*

*"La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual".*

Dicho lo anterior en sentencia C-489/96 sostuvo:

*Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello, que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato.*

*En este orden de ideas, la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación.*

*No se pueden desconocer los altos intereses públicos que entran en juego cuando el Estado contrata, porque por este medio "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" (Ley 80, art. 30).*

Es este orden de ideas, se hace relación a la sentencia C-415/94 que sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar dijo:

*"Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44)".*

*(...)*

*El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado".*

Ahora bien, concretamente en lo que concierne a las inhabilidades derivadas de sanciones penales o disciplinarias, debe preverse que estas no constituyen una nueva pena, en tanto se trata de sistemas normativos de contenidos diferentes y obedecen a finalidades diferentes.

Al respecto también la Corte Constitucional ha señalado que:

*"Estima la Corte, que la inhabilidad señalada en el literal d) del ordinal 1o. del artículo 8o, de la ley 80, aunque tiene como fuente u origen o fundamento la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no constituye una nueva pena. En efecto:*

*Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.*

*Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.*



*Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuridicidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona.*

*Adicionalmente, considera la Corte que la inhabilidad que consagra uno de los apartes normativos acusados, se juzga no sólo necesaria, sino conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es de que no accedan a la contratación, en forma temporal, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades anejas al ejercicio de dichas funciones.”*

Ahora bien, en lo que respecta concretamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la concesión o licenciamiento del servicio público de televisión, el legislador tiene plena competencia para establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y con base en ellas generar **prohibiciones para el ente rector de la televisión**, el cual tiene a su cargo la dirección de los procesos de contratación necesarios para garantizar la óptima prestación del servicio.

Tales inhabilidades y prohibiciones especiales y específicas se encuentra consagradas, principalmente, en la Ley 182 de 1995, sin que ello signifique que el régimen allí consagrado excluya al régimen de carácter general consagrado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993.

Al respecto, la Sala sólo quiere reiterar los argumentos expuestos por la Corte Constitucional frente al contenido del artículo 58 de la mencionada Ley 182 de 1995, la cual se cita in extenso por su aplicación inmediata a la situación fáctica que adelante se analizará:

*“En el caso que ocupa a la Corte, el legislador, al producir la norma reguladora del servicio público de la televisión, consciente de la trascendencia e importancia del mismo y de su conexidad con la posibilidad de realización eficaz del artículo 20 de la C.P., que consagra el derecho de todas las personas a la información, como un derecho “inviolable y reconocido, -no creado por la normatividad positiva-”, consideró que la presencia en las comunidades organizadas, concesionarias de dicho servicio, o que aspiren a serlo, de personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad por delitos diferentes a los culposos o a los políticos, puede menoscabar ese interés superior del Estado, de ahí que haya consignado como “**prohibición especial**” para la Comisión Nacional de Televisión, la de adjudicar a dichas comunidades concesiones, a través de contratos o licencias,*



*prohibición que de no cumplirse le impone la obligación la CNT, de terminar unilateralmente los contratos o cancelar las licencias, sin que medie autorización de los beneficiarios y sin derecho a indemnización.*

*No cabe duda respecto a la facultad que tenía el legislador para establecer prohibiciones especiales con base en inhabilidades establecidas específicamente para quienes aspiren a prestar el servicio público de televisión, distintas de las consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública, facultad que encuentra fundamento constitucional en los artículos 150, numeral 23 e inciso final, y en el 365 de la Carta Política. Deberá ahora establecer la Corte, **si la prohibición que el legislador le impuso a la CNT** a través de la norma impugnada, y la inhabilidad que la genera consagrada en la misma, esto es, que las comunidades que aspiren o sean beneficiarias de una concesión para operar el servicio público de televisión, a nivel zonal o local respectivamente, no pueden tener entre las personas que las conforman, una que haya sido condenada a pena privativa de la libertad por la comisión de delitos diferentes a los culposos y a los políticos, son contrarias al ordenamiento superior tal como lo sostiene el actor. Al efecto considerará las dos situaciones a las que se refiere la disposición acusada:*

***Primera situación: La ausencia de la circunstancia que ocasiona la inhabilidad, se constituye en condición de elegibilidad en los procesos licitatorios, cuyo objeto sea el otorgamiento de una concesión, por contrato o por licencia, para operar o explotar el servicio público de televisión.***

*En este caso el legislador estableció como requisito de elegibilidad, que en las comunidades organizadas, interesadas en los procesos licitatorios desarrollados por la CNT para el otorgamiento de concesiones, a través de contratos o licencias, para operar o explotar el servicio público de televisión, no participe, por sí o por interpuesta persona, ninguna que haya sido condena, en cualquier época, a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos. La ausencia del presupuesto se erige entonces como **condición de elegibilidad**, por lo que de llegar a existir constituirá causal de descalificación y exclusión del respectivo proceso, debiendo la CNT abstenerse de adjudicar, a esa determinada comunidad en la que se configura la inhabilidad, la correspondiente concesión. Esta condición de elegibilidad es acorde con el fundamento de las inhabilidades y las prohibiciones, las cuales no tienen por objeto castigar o prolongar una sanción impuesta a una persona por la comisión de un delito, sino velar porque en la administración pública prevalezcan los principios de moralidad, idoneidad y eficacia; no se trata de imponer penas imprescriptibles, pues como lo reiterado la Corte, las inhabilidades y prohibiciones no son penas, luego "...la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cobija a las inhabilidades ....", pues ellas no están dirigidas a castigar sino a preservar a la comunidad y a garantizarle la óptima prestación de los servicios públicos.*

*Si por alguna circunstancia, existiendo la mencionada inhabilidad se desconociera por parte de la CNT la prohibición que sobre ella pesa y se otorgara la concesión, se celebrara el respectivo contrato o se concediera la licencia correspondiente, el incumplimiento de la prohibición será causal de nulidad absoluta de la adjudicación.*

*No encuentra la Corte en esta primera situación que prevé la norma impugnada, ningún elemento que pueda ocasionar vulneración del ordenamiento superior, pues la prohibición que se le impone a la CNT, de abstenerse de adjudicar la correspondiente licitación, si se comprueba que en la "comunidad interesada" se configura la inhabilidad que consagra la misma norma, se origina en el propósito y el deber que tiene el Estado de proteger y hacer prevalecer el interés general, artículo 2 de la C.P., impidiendo que cuando se den circunstancias que a su juicio y razonablemente pueden afectarlo gravemente, se proceda a la adjudicación.*

*Si bien es cierto que con esa restricción se limita la capacidad de esas personas jurídicas para contratar con la administración pública, ha de entenderse que tal*



*limitación, que para ser aplicada ha de estar plenamente probada, tiene por objeto concretar el interés superior del Estado, el cual el legislador debe proteger de situaciones específicas que en su criterio pueden afectarlo o menoscabarlo.*

*La prohibición que establece que la Comisión Nacional de Televisión se abstendrá de contratar la prestación del servicio público de televisión, con comunidades en las que participen personas que hayan incurrido en conductas delictuosas, no obstante ellas ya hayan cumplido sus penas, **se traduce en una inhabilidad, circunstancia que impide establecer relaciones contractuales con la administración pública**, que, como lo ha dicho la Corte, no está dirigida a sancionar o castigar a dichas personas, como tampoco a la comunidad organizada a la que pertenecen, pues su verdadero objeto y sentido es proteger el interés general, hacer prevalecer el interés superior del Estado:*

*"Las inhabilidades no pueden reducirse ni captarse bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ellas puedan acarrear para una determinada persona, sin tomar en cuenta su verdadero objeto y sentido, que son los elementos que integran el componente principal de la limitación legal y que, adicionalmente, explican y autorizan por sí mismos los efectos materiales que se producen en la esfera vital de las personas comprendidas en su radio de acción " (Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)*

*La Corte encuentra que la limitación impuesta en los incisos primero y segundo del artículo 58 de la ley 182 de 1995, demandado por el actor, a las personas jurídicas que aspiren a prestar como concesionarias el servicio público de la televisión, además de no quebrantar ningún precepto de la Carta Política, constituye una medida razonable y válida, dada la conexidad que existe entre la prestación del servicio público de la televisión y la posibilidad de realización efectiva del derecho a la información consagrado para todas las personas en el artículo 20 de la Carta Política.*

*En efecto, la medida se adopta en el marco de la regulación de un servicio público, la televisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 de la C.P.; dicho servicio público, por sus características, más que ninguno otro tiene poder de penetración no selectivo y de amplia cobertura; a través de él en el mundo contemporáneo se materializa en gran medida el derecho a la información en todas sus dimensiones: informar, ser informado, fundar medios de comunicación etc.; además, para ser prestado requiere la utilización de un "bien público", el espectro electromagnético, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Carta es un bien de propiedad de la Nación, imprescriptible e inenajenable.*

*No es pues desproporcionado el propósito que subyace en la disposición acusada, de proteger a la comunidad en general de un uso abusivo, arbitrario o tendencioso de un medio masivo de comunicación como la televisión, o de que su explotación se utilice con fines contrarios a los de su esencia, valga decir, a manera de ejemplo, que las inversiones que se realicen para operar el servicio sirvan para legalizar recursos de origen ilícito.*

*La protección de los derechos fundamentales de las personas y del interés general prevalece sobre el interés particular, incluso cuando como en el caso que nos ocupa, limite la capacidad para contratar con el Estado, restringiendo los derechos de libertad económica, libre iniciativa y libre competencia; a través de la televisión, se reitera, se hace efectivo en gran medida el derecho a la información cuya trascendencia ha sido destacada de manera reiterada por esta Corporación:*

*"Se trata de un verdadero derecho fundamental, que no puede ser negado, desconocido, obstruido en su ejercicio o disminuido por el Estado, cuya obligación, por el contrario, consiste en garantizar que sea efectivo.*

*"...*



*"...es universal, inviolable y reconocido -no creado- por la normatividad positiva...sin pretender su carácter absoluto, debe entenderse que no es constitucional lo que tienda a vulnerar el derecho a la información en su núcleo esencia, bajo ningún título ni justificación." (Corte Constitucional, Sentencia C-73 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)*

*La manipulación, el uso abusivo y arbitrario y la utilización indebida de un medio de comunicación como la televisión, afectan, sin duda, el núcleo esencial del derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Carta, correspondiéndole al Estado intervenir, para evitar que ello ocurra, para lo cual cuenta con la capacidad que le reconoció el Constituyente en los artículo 150 numeral 23 e inciso final y en el 365 de la C.P., que le permite establecer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y **prohibiciones** aplicables las personas que aspiren a concesiones para prestar ese servicio público y al ente rector de la prestación del mismo.*

*La prohibición a un ente público es legítima cuando se origina en el propósito de protección del interés general, luego la consecuencia que se deriva de su incumplimiento, es la de viciar con nulidad absoluta el proceso que la haya desconocido, y de ser el caso el vínculo contractual que formalmente se haya establecido.*

*Es claro entonces que la inhabilidad que consagran los incisos primero y segundo de la norma impugnada, en cuanto requisito de elegibilidad, genera una prohibición para la CNT: la de seleccionar, para otorgarles concesiones, a comunidades organizadas que entre sus miembros tengan a personas que hayan sido condenadas con penas privativas de la libertad, por delitos diferentes a los culposos o políticos; esa prohibición especial, que emana de la citada inhabilidad, no puede entenderse dirigida a prolongar indefinidamente la sanción de carácter penal impuesta a una persona natural, pues nótese que la prohibición es para el ente público, el cual está obligado a garantizar una óptima prestación del servicio, en condiciones **de moralidad e idoneidad**:*

*"... las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, **asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales**, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.*

*"...*

*"Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia. (Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).*

*Por las anteriores consideraciones la Corte encuentra que la primera situación, plasmada en los incisos primero y segundo de la norma impugnada, es acorde con el ordenamiento superior, por lo que los declarará exequibles.*

***Segunda situación. Si existiendo la inhabilidad en la comunidad organizada que se benefició con la concesión, se procede a celebrar el respectivo contrato o se otorga la correspondiente licencia, la Comisión Nacional de Televisión deberá terminarlo unilateralmente o cancelarla, sin que medie autorización del beneficiario y sin que haya lugar a indemnización.***

*Si otorgada la concesión, a través de contrato o licencia, se verifica que uno de los miembros de la comunidad organizada, "hubiere sido condenado a pena privativa de libertad" por delitos diferentes a los políticos y a los culposos, la Comisión*



*Nacional de Televisión deberá proceder a terminar unilateralmente el contrato o cancelar la licencia, sin que en ningún caso haya lugar a indemnización.*

*Si bien no se trata de una inhabilidad sobreviniente, pues para que se configure la situación que describe el inciso tercero de la norma impugnada, los hechos que originan la inhabilidad deben haberse dado con anterioridad a la celebración del contrato o al otorgamiento de la licencia, la obligación que el legislador le impone a la Comisión Nacional de Televisión, de terminar el contrato o cancelar la licencia sin que medie autorización del beneficiario, ni haya lugar a indemnización, persigue los mismos fines que aquellas; en efecto, dijo la Corte al referirse a los efectos de las inhabilidades sobrevinientes de que trata el artículo 9 de la ley 80 de 1993 que declaró exequible:*

*"Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual." (Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)*

*Lo anterior en concordancia con lo dicho en el sentido de que la inhabilidad no persigue, como la pena, castigar la conducta de la persona en la que recae, la cual por lo demás en el caso que se analiza ya ha sido castigada por sentencia de la autoridad judicial competente, no pudiendo extenderse indefinidamente de conformidad con el artículo 28 de la Constitución, en el caso de las inhabilidades y prohibiciones, se trata de "reglas objetivas correspondientes a situaciones objetivas", con las cuales se pretende garantizar la transparencia de la contratación estatal.*

*Ahora bien, así como los efectos que se persiguen con la disposición impugnada coinciden con los que se pretenden con las inhabilidades sobrevinientes de que trata el artículo 9 de la ley 80 de 1993, también las consecuencias son similares, pues en ninguno de los dos casos hay lugar a la indemnización, dado que "...los eventuales daños que puedan sufrir el contratista o licenciataria, no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídica proveniente de la administración", sino de la presencia previa a la contratación de hechos que la ley legítimamente ha determinado como configurativos de una inhabilidad.*

*El descuido, la mala fe, la negligencia o la ligereza, no legitiman una situación que ha sido prevista como impedimento para acceder a una concesión que otorga el Estado, situación que por lo demás las comunidades organizadas, en cuanto entidades de derecho, deben prever en sus correspondientes estatutos, mucho más cuando, como se ha visto, con ella se pretende proteger el interés general y garantizar la realización de un derecho fundamental como el consagrado en el artículo 20 de la Constitución.*

*No obstante, si como se dijo en el punto anterior, la situación que se prevé es condición de elegibilidad, el incumplimiento de la prohibición evidencia descuido por parte de la CNT, esto es del mismo Estado, que no verificó suficientemente las características del proponente, luego es desproporcionado que una vez adjudicado el contrato u otorgada la licencia, si se llegará a descubrir la circunstancias que impedía la contratación, se termine unilateralmente el contrato o se cancele la licencia, afectando con ello a la persona jurídica de quien se presume obró de buena fe al admitir entre sus integrantes a personas que tuvieran el impedimento analizado, lo que equivale a trasladarle a una persona jurídica los efectos de una*



*inhabilidad reputable de una persona natural, por lo que para la Corte el inciso tercero de la norma impugnada es exigible, sólo si se interpreta de la siguiente manera: que habrá lugar a la terminación unilateral del contrato o a la cancelación de la licencia, sin que haya lugar a indemnización, si una vez verificada la situación en la que se origina el impedimento, la persona no es retirada de la sociedad o comunidad organizada.*

#### **4. El acto administrativo y la presunción de legalidad<sup>54</sup>**

Por acto administrativo de contenido individual se entiende toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

De esta manera se dice que son 5 los elementos claves para llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo: (i) la expresión o manifestación concreta de la administración; (ii) la expresión unilateral del querer de la administración; (iii) la declaración de la voluntad de la administración proviene del ejercicio de la función administrativa; (iv) que su contenido material equivalga al ejercicio de una función administrativa así provenga de cualquiera de los órganos del poder público o de particulares. (v) posee la fuerza suficiente para decidir y crear situaciones jurídicas a partir de su contenido.

Ahora bien, para que el acto administrativo exista y sea válido deben concurrir una serie de elementos acordes al ordenamiento jurídico entre tanto que cualquier falla en su estructura podría afectar la legalidad del acto.

En el primer plano podemos mencionar los elementos esenciales del acto, dentro de los cuales se encuentran los elementos externos, estos son: (i) el sujeto activo, persona, órgano o particular revestido de funciones administrativas competente, (ii) sujeto pasivo, sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto y quien ve alterados sus derechos o intereses (iii) eventualmente el Ministerio Público, quien interviene en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses sociales, y (iv) el procedimiento formal (formalidades del acto) que varía según los derechos protegidos y el ámbito de aplicación y cuyo desconocimiento puede conducir a la vulneración del debido proceso.

De otra parte se encuentran sus elementos internos, tales como: (i) el objeto, constituido por todo aquello de que se ocupa el acto jurídicamente; (ii) los motivos (causa), entendida como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo o las circunstancias de hecho o de derecho que provocan su emisión, y (iii) la finalidad, es decir, Las metas que debe lograr la administración, es el fin propuesto, el cual debe ser de

---

<sup>54</sup> SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.



interés general, lícito, debe encontrarse dentro de la competencia del agente que realiza el acto y perseguirse por medio de los actos que la ley ha establecido<sup>55</sup>, finalidad que se enmarca dentro del artículo 2<sup>056</sup> y los artículos 123 – inciso 2<sup>057</sup> y 209<sup>58</sup> constitucionales.

Y, finalmente el tercer elemento estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye un importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo<sup>59</sup>.

El mérito no es otra cosa que el momento que obliga a la administración a manifestarse cuando verdadera y ciertamente es necesario para cumplir con la finalidad propuesta sin que este elemento pueda confundirse con el anterior.

Dicho lo anterior, debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas y cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales.

Del mismo modo, debe quedar claro que la actividad de la administración se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

Ahora bien, cuando un acto administrativo ha sido cuestionado por la vía gubernativa y resulta modificado o confirmado por aquel que decide el recurso, se conforma una relación jurídica entre éste y el impugnado de tal suerte que forman un todo inescindible.

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, C. P.: EDUARDO AGUILAR VÉLEZ, ACE, t. LXXXI, n.ºs 431 y 432, 1971, p. 130.

<sup>56</sup> “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. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”.

<sup>57</sup> Nos enseña que los “... servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...”.

<sup>58</sup> Señala como uno de los principios rectores de la función administrativa el del “Interés general”.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 5373: “Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”.



Lo mismo no puede decirse si el acto es revocado porque en éste evento, como es obvio, sólo subsistirá el que revoca puesto que el revocado ha desaparecido del mundo jurídico.

Es esta la razón para que el inciso tercero del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo disponga que *“si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”*.

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”*<sup>60</sup> de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”*<sup>61</sup> y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”*<sup>62</sup>

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*<sup>63</sup>

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*

<sup>60</sup> J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41.

<sup>61</sup> *Ibídem*, p. 42.

<sup>62</sup> *Ibídem*, p.43.

<sup>63</sup> *Ibídem*, p. 54-55.



Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

## 5. La caducidad del contrato estatal – causales

La caducidad administrativa del contrato estatal es una potestad excepcional al régimen común que la ley le concede a la Administración para que dé por terminado el contrato, mediante una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso. Dentro de cuyos efectos se encuentran la inhabilidad en el contratista para contratar con entidades estatales durante cinco años y la exigibilidad de las multas y la cláusula penal<sup>64</sup>.

La caducidad tiene una larga evolución en el Derecho administrativo colombiano que comenzó con el Código Fiscal Nacional de 1873 en el cual se previó la cláusula de caducidad, aunque sin mayores consecuencias en la historia contractual del país en razón al régimen federal existente para la época y la escasa actividad contractual ejercida por el Gobierno Nacional.

Es por ello que en realidad el origen de la caducidad del contrato dentro del régimen colombiano se adjudica a la Ley 53 de 1909, que estableció dos tipos de cláusulas de caducidad. Una, las contractuales, que tenían como fuente las causales pactadas previamente en el contrato y, otra, la genérica y presunta, derivada del hecho del incumplimiento del contratista, sin mencionarse en forma concreta a qué tipo de incumplimiento se refería.

Asimismo, la mencionada norma, en su artículo 5º establecía la posibilidad de que la caducidad fuera declarada por los Ministerios en los contratos de obra en caso de incumplimiento<sup>65</sup>.

Posteriormente, el Código Fiscal Nacional - Ley 110 de 1912, en su artículo 41 dispuso que:

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, sentencia de 21 de febrero de 2011 Exp. 16.105, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>65</sup> GARCÍA GONZÁLEZ Jorge, Nuevo Régimen de contratación administrativa, Ed. Dike, Medellín - 1994, pág. 14.



*“En todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios, deben prefijarse en él claramente los motivos que den lugar a que se declare por medio de providencia administrativa que el contrato ha caducado.*

*Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer, en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:*

- a). La muerte del contratista, en los casos en que ésta debe producir la terminación del contrato, conforme al Código Civil; y*
- b). La quiebra del mismo, judicialmente declarada”.*

En el mismo sentido, el artículo 254 de la Ley 167 de 1941 dispuso:

*“En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad.*

*Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:*

- a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores;*
- b) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores”.*

Asimismo, la Ley 167 de 1941 en sus artículos siguientes previó que en la cláusula de caducidad se establecieran los efectos que ésta produce<sup>66</sup> y que su declaración se hiciera mediante resolución motivada, en la cual debían expresarse las causas que daban lugar a ella<sup>67</sup> y debía ser notificada personalmente o por aviso<sup>68</sup>.

Por su parte el Decreto 222 de 1983 estableció dentro de las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos u obligatorias, las relativas a la caducidad administrativa del contrato, frente a la cual debían señalarse claramente los motivos que dieran lugar a su declaratoria.

---

<sup>66</sup> ARTÍCULO 256. En la cláusula de caducidad se establecerán los efectos que ésta produce, una vez declarada por el Gobierno, y las prestaciones a que las partes quedan obligadas.

<sup>67</sup> ARTÍCULO 255. La declaración de caducidad deberá proferirse por el Gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella.

<sup>68</sup> ARTÍCULO 257. La resolución que declara la caducidad de un contrato, se notificará al interesado personalmente. Si no pudiere hacerse notificación personal, se publicará un aviso en el Diario Oficial, con inserción de la parte resolutiva.

Contra esta providencia cabe el recurso de reposición dentro de diez días, a contar de la notificación.



Al respecto el artículo 62, frente a las causales de caducidad establecía:

“Como causales de caducidad, además de las especiales, previstas en este estatuto y de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes:

- a. *La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores.*
- b. *Incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico legista.*
- c. *La interdicción judicial del contratista.*
- d. *La disolución de la persona jurídica Contratista.*
- e. *La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente.*
- f. *Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad.”*

Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 definió la caducidad como *“la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”*.

Así las cosas, la ley y, adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general<sup>69</sup>

La caducidad se aplica a aquellos eventos en los cuales el contratista no se encuentra en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto contractual:

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional, sentencias T-569 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En similar sentido, T-404 de 1993, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía.



*“La institución de la caducidad, constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato. Al declarar la caducidad, la administración queda libre de la atadura del vínculo contractual y en libertad para escoger a otro contratista, cuyas calidades le garanticen a la administración el cumplimiento de los mencionados fines”<sup>70</sup>*

Complementariamente, el mismo artículo 18 de la Ley 80 de 1993 señala que:

- La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.
- Cuando se declara la caducidad no hay lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley”.
- La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Ahora bien, es importante resaltar que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se eliminó la posibilidad de establecer contractualmente las causales de caducidad del contrato, las cuales quedaron restringidas al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y a aquellas expresamente estipuladas por la ley para tal efecto.

Entonces, frente al incumplimiento como causal de caducidad del contrato prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 debe anotarse que ésta sólo procede cuando se presentan hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato o evidencian que puede conducir a su paralización.

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que la administración no puede declarar la caducidad ante el mero incumplimiento parcial, sino en aquellos eventos en los cuales se evidencie que el contratista no podrá cumplir con el objeto del contrato, poniendo en peligro la continuidad del servicio público<sup>71</sup>.

De otro lado, también es claro que la entidad estatal está imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ella ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional, sentencias C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>71</sup> Sentencia del Consejo de Estado 9207 de 1997. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.



no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo<sup>72</sup>. Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido.

Ejemplos de otras causales de caducidad, son la establecida en la Ley 80 de 1993 - artículo 5<sup>73</sup>, es la colaboración con grupos al margen de la Ley prevista también en el artículo 82 de la Ley 104 de 1993<sup>74</sup>.

Asimismo, otras causales de caducidad se encuentran contempladas en el Código de Minas - Ley 685 de 15 de agosto de 2001 que en su artículo 112 dispone:

*“Caducidad. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:*

*a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción;*

*b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;*

*c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;*

*d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;*

*e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;*

---

<sup>72</sup> Sentencias de abril 7 de 1978 (Expediente 1870), marzo 3 de 1994 (Expediente 7223), marzo 15 de 2001 (Expediente 13415), noviembre 20 de 2008 (Expediente 17031), entre otras.

<sup>73</sup> “ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: (...) 5o. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

<sup>74</sup> Artículo 82. El Gobierno podrá declarar la caducidad o la liquidación unilateral o buscar la liquidación bilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato, en cualquiera de las siguientes causales: 1. Hacer, tolerar u omitir alguna cosa invocando o cediendo injustificadamente a amenazas por parte de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros. 2. Recibir, suministrar, administrar, invertir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros. 3. Colaborar o prestar ayuda a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros. 4. Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de la delincuencia organizada, de los grupos guerrilleros o de sus miembros. 5. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de la delincuencia organizada, de los grupos guerrilleros o de sus miembros. 6. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles cuya comisión haya conocido con ocasión del contrato, que sean cometidos por integrantes de la delincuencia organizada o por grupos guerrilleros. PARAGRAFO. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento el contratista.



f) *El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;*

g) *El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;*

h) *La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;*

i) *El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;*

j) *Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos.*

*En el caso contemplado en el presente artículo, el concesionario queda obligado a cumplir o garantizar todas las obligaciones de orden ambiental que le sean exigibles y las de conservación y manejo adecuado de los frentes de trabajo y de las servidumbres que se hubieren establecido.*

k) *Cuando empresas o personas naturales en ejercicio de actividades mineras, contraten a personas menores de 18 años para desempeñarse en labores de minería tanto de cielo abierto como subterráneas. (Adicionado por el art. 9, Ley 1382 de 2010).*

En conclusión, la caducidad del contrato es una potestad administrativa y sancionadora que se encuentra en cabeza de las entidades contratantes y que sólo tiene lugar en los casos expresamente señalados por la ley. De manera que no le está dada a las partes dentro de un contrato estatal la facultad de pactar causales para la declaración de la caducidad del contrato, adicionales a las legalmente establecidas.

## 6. Caso Concreto

Dentro del plenario se encuentra probado que el 14 de diciembre de 1999, entre Alfredo Vives Lacouture, en calidad de Representante legal de Vives Comunicaciones S.A., y Jorge Hernández Restrepo, en calidad de Representante legal de la Comisión Nacional de Televisión suscribieron el Contrato de Concesión No. 184 de 1999 cuyo objeto era la “operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, para el nivel Distrital o Municipal con población igual o superior a 10.000 habitantes” y del cual se extrae<sup>75</sup>:

*“(…) **CLAUSULA 1. OBJETO.**- El objeto de este contrato es la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, de*

<sup>75</sup> Fls.43-58 C.1, 199-215 C.2 y 179-195 C.5



*conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario, las cuales forman parte integral del presente contrato.*

**PARAGRAFO:** *El concesionario tendrá a su cargo la prestación de este servicio en el municipio de Santa Marta D.T., Magdalena, y será programador, administrador y operador del servicio.*

*El servicio público de televisión por suscripción que presta el CONCESIONARIO estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la Comisión.*

**CLAUSULA 2. PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.-** *El plazo de ejecución del presente contrato será de diez (10) años, contados a partir de la fecha en que el concesionario comience a facturar por concepto de la prestación del servicio público de televisión por suscripción a sus usuarios.*

*(...)*

**CLAUSULA 4. VIGENCIA DEL CONTRATO.-** *El presente contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación.*

**CLAUSULA 5. VALOR DE LA CONCESIÓN.-** *Como contraprestación por el derecho a la operación y explotación del servicio de televisión por suscripción, el concesionario deberá cancelar a la comisión, la suma de cuarenta millones setecientos ochenta y un mil pesos Mda/cte (\$40.781.000)*

**CLAUSULA 6. FORMA DE PAGO DE LA CONCESIÓN.-** *El concesionario pagará el valor estipulado en la cláusula anterior en forma diferida, en un plazo de dos (2) años de la siguiente manera:*

*a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión.*

*b) Un segundo pago, correspondiente el quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del primer (1er) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados entre la fecha de pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago.*

*c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del segundo (2º) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago.*

*d) Un cuarto pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del tercer (3er) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago.*

*e) Un último pago, correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del cuarto (4º) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los*



*intereses causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha de pago.*

*En caso que el concesionario cancele después de la fecha estipulada, pagará a la Comisión Nacional de Televisión los intereses de mora correspondientes, los cuales se liquidarán con base en la tasa máxima permitida por la Ley.*

**CLAUSULA 7. PAGO DE LA COMPENSACIÓN<sup>76</sup>** .- *El concesionario, de conformidad con el artículo 36 del Acuerdo No. 014 de 1997 deberá pagar directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.*

*Asimismo deberá cancelar el diez (10%) de los ingresos brutos mensuales percibidos por concepto de pauta publicitaria.*

**CLAUSULA 8. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN<sup>77</sup>**.- *El concesionario pagará la compensación de que trata la cláusula anterior trimestralmente a nombre de la comisión en la siguiente forma:*

*A partir del inicio y explotación del servicio de televisión por suscripción correspondiente al primer trimestre del año 2000, de los ingresos causados entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo, dicho pago se efectuará antes o el día quince (15) de mayo; entre el primero (1º) de abril y treinta (30) de junio, dicho pago se efectuará antes o el quince (15) de agosto; entre el primero (1º) de julio y el treinta (30) de septiembre, dicho pago se realizará antes o el día (15) de noviembre y entre el primero (1º) de octubre y el treinta y uno (31) de*

---

<sup>76</sup> La presente cláusula del contrato fue modificada mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *El concesionario deberá pagar directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio(...)*". (Fls.224 C.2)

<sup>77</sup> La presente cláusula del contrato fue modificada mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *El concesionario pagará la compensación de que trata la cláusula anterior mensualmente. Para tal fin, deberá presentar dentro de los quince (15) días calendario siguiente al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el anexo que forma parte integral del Acuerdo 003 de 2001, o de aquel que lo modifique o sustituya, debidamente suscrita por el representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso. El concesionario, tendrá un plazo de quince días contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago.*

*Si el concesionario no presenta la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en la presente clausula, la Comisión Nacional de Televisión a través de la Subdirección Administrativa y Financiera, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, tomando como base la anterior autoliquidación presentada, incrementada en un diez por ciento (10%).*

*La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Comisión Nacional de Televisión la tasa máxima del interés moratorio certificada por la Superintendencia Bancaria.*

*En el evento en que la autoliquidación de que trata la presente cláusula, no se allegue a la Comisión dentro del término previsto, el concesionario se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por incumplimiento (...)"*. (Fls.224-225 C.2)



diciembre, dicho pago se efectuará antes o el día quince (15) de febrero del año 2001 y así sucesivamente hasta el término de duración de la concesión.

El pago deberá estar acompañado por una certificación suscrita por el representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso, certificando los ingresos brutos recibidos durante el trimestre en cuestión por el cobro de suscripción mensual (discriminando tarifas y números de usuarios) y la pauta si es del caso.

En caso de que el concesionario incumpla las fechas de pago antes señaladas, deberá cancelar intereses de mora, correspondientes al doble del interés bancario corriente, sin que exceda la tasa máxima permitida por la Ley.

Asimismo, deberá informar mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la entidad, causadas en el mes anterior, debidamente certificadas.

En el evento en que la certificación e informe de que trata el presente numeral, no se alleguen a la Comisión dentro de los términos previstos, se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por incumplimiento.

(...)

#### **CLAUSULA 12. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.-**

1. Pagar el valor de la concesión, tarifas, tasas, derechos y contribuciones que se señalan en el pliego de condiciones y en el presente contrato.

2. Pagar la compensación, de conformidad con lo expuesto en la cláusula 8 del presente contrato.

3. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse.

4. Colaborar con la Comisión en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y el servicio prestado en desarrollo del mismo sea de la mejor calidad.

5. Acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato le imparta la Comisión.

(...)

11. Enviar a la Comisión una certificación trimestral, suscrita por el representante legal y contador o revisor fiscal, según el caso, del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio. Asimismo, deberá informar mensualmente a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la entidad, causadas en el mes anterior debidamente certificadas<sup>78</sup>.

(...)

---

<sup>78</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) Enviar a la Comisión, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, la autoliquidación sobre los valores causados por concepto de compensación, debidamente firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal de la sociedad, según el caso, la autoliquidación deberá contener el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada de conformidad con el formato contenido en el anexo del Acuerdo 003 de 2001, o de aquel que lo modifique o sustituya (...)". (Fls.225 C.2)



**CLAUSULA 13. OBLIGACIONES DE LA COMISIÓN.-** *La Comisión en virtud del presente contrato ese obliga a adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 y demás normas que los aclaren, modifiquen o adicionen, así como las demás normas concordantes.*

(...)

**CLAUSULA 17. INFORMACIÓN.-** *El concesionario se obliga a proporcionar la información técnica, administrativa, estadística y financiera por la Comisión de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias, y está se obliga a mantener la confidencialidad de aquellas que por su naturaleza sean reservadas.*

(...)

**CLAUSULA 21. CADUCIDAD Y SUS EFECTOS.-** *La Comisión declarará la caducidad del contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, si se presenta alguna de las siguientes causales:*

1. *El de incumplimiento de las obligaciones del concesionario que afecten en forma grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización.*

2. *No iniciar operaciones dentro del plazo señalado.*

3. *Cuando se incurra en mora por parte del concesionario en el pago de la compensación por tres (3) trimestres consecutivos. Cuando el monto de la deuda en mora del concesionario exceda el diez por ciento (10%) del valor total de la concesión<sup>79</sup>.*

4. *Cuando, con ocasión del contrato, el concesionario incurra en cualquiera de las causales previstas en los artículos 5º, num. 5., de la Ley 80 de 1993 y 45 de la Ley 241 de 1995, o las normas que los adicionen, aclaren o modifiquen.*

5. *El hecho de haber sufrido la Comisión engaño en cuanto a los documentos presentados por el concesionario para demostrar las calidades y requisitos exigidos por las normas en materia de contratación administrativa y por los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 002 de 1999, o para demostrar el valor de la compensación o pago a la CNTV, o cuando se presente inexactitud, fraude o falsedad comprobada que dé lugar a la cancelación de la inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión por suscripción<sup>80</sup>.*

<sup>79</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *La mora reiterada en el pago de las obligaciones económicas derivadas del contrato, que a juicio de la Comisión amerite la declaratoria de caducidad (...)*". (Fls.226 C.2)

<sup>80</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *El hecho de haber sufrido la Comisión engaño en cuanto a los documentos presentados por el Concesionario para demostrar las calidades y requisitos exigidos por las normas en materia de contratación administrativa y por los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 002 de 1999, o cuando se presente inexactitud, fraude o falsedad comprobada que dé lugar a la cancelación de la inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión por suscripción, de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 049 de 1998 y sus acuerdos modificatorios (...)*". (Fls.226 C.2)



6. *En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, así como en el valor de las tarifas pagadas, con el objeto de evadir un mayor pago de compensación*<sup>81</sup>.

7. *Cualquier información fraudulenta suministrada por el concesionario*<sup>82</sup>.

8. *La cesión o transferencia de los derechos del presente contrato por parte del concesionario.*

9. *El incumplimiento total o parcial en los fines y principios de la prestación del servicio de televisión.*

10. *El incumplimiento a las disposiciones que consagran inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones.*

11. *No cumplir con la prestación gratuita del servicio de que trata el numeral 6 de la cláusula 12 del presente contrato*<sup>83</sup>.

**PARAGRAFO.-** *La declaratoria de caducidad no dará lugar a indemnización al concesionario, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.*

*Declarada la caducidad, si la Comisión lo considera conveniente, abrirá licitación pública para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.*

*El concesionario dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.*

(...)

**CLAUSULA 23. CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.-** *En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento de este contrato, el concesionario deberá pagar directamente a la Comisión una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. La Comisión podrá tomar este valor de la garantía de cumplimiento constituida, cobrarlo directamente o por vía judicial. El pago de esta suma no se considerará como pago definitivo de los perjuicios causados a la Comisión y no exime al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones ni excluye el cobro de los demás perjuicios que hubiere sufrido la Comisión. El concesionario quedará en mora por el simple hecho de no haber cumplido sus obligaciones dentro del término estipulado para ello.*

(...)

*Si el concesionario no se presenta a la liquidación o las partes no llegaren a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente*

---

<sup>81</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *La reiterada inconsistencia en el número de suscriptores declarado, así como en el valor de las tarifas reportadas, que a juicio de la Comisión amerite la declaratoria de caducidad (...)*". (Fls.226 C.2)

<sup>82</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *Cualquier información inexacta suministrada por el Concesionario, que a juicio de la Comisión amerite la declaratoria de caducidad (...)*". (Fls.226 C.2)

<sup>83</sup> El presente numeral fue modificado mediante otro si No. 01 de 21 de enero de 2002 suscrito por la Comisión Nacional de Televisión y la sociedad Vives Comunicaciones S.A., en el siguiente sentido: "(...) *No cumplir con la prestación gratuita del servicio de qué trata el numeral 16 de la cláusula 12 del presente contrato (...)*". (Fls.226 C.2)



por parte de la Comisión y se adoptará por acto administrativo susceptible del recurso de reposición.

(...)

**CLAUSULA 27. AUSENCIA DE PROHIBICIONES, INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.-** El concesionario con la suscripción de este contrato afirma bajo juramento, que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad y prohibiciones previstas en la Constitución y la Ley y que si llegare a sobrevenir alguna, actuará conforme lo prevé el artículo 9 de la Ley 80 de 1993.

La contravención a estas normas dará lugar a que la Comisión declare la caducidad del contrato y proceda a su liquidación, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna al concesionario. La Comisión, además hará efectiva la cláusula penal pecuniaria.

(...)”.

Del mismo modo se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 453 de 20 de mayo de 2002 proferida por la Comisión Nacional de Televisión<sup>84</sup>, se declaró la caducidad del contrato de concesión No. 184 de 1999, antes citado, y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 20% del valor del mismo.

Como fundamento de la decisión antes referida la Comisión Nacional de Televisión sostuvo:

“(...) 1. En el pliego de condiciones de la licitación se estableció en el punto 3.1.1. “calidad y requisitos del proponente para el nivel municipal” que el proponente no podía encontrarse “incurso en ninguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para licitar o contratar con la Comisión Nacional de Televisión, contemplada en la Constitución y la Ley, en especial en las leyes 80 de 1993, 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996, la cual deberá manifestarse bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la firma de la carta de presentación de la propuesta.

2. En el pliego de condiciones de la licitación, en el capítulo III “condiciones específicas, 3.1., de los proponentes y de la propuesta, 3.1.1. Calidad y requisitos del proponente para el nivel municipal”, se estableció lo siguiente:

“Podrán presentar propuesta las personas jurídicas públicas y privadas constituidas en Colombia, incluidos los licenciatorios... que tengan capacidad para licitar y contratar y que reúnan los siguientes requisitos:

Que el proponente no se encuentre incurso en ninguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para licitar o contratar con la Comisión Nacional de Televisión, contemplada en la Constitución y la Ley, en especial en las leyes 80 de 1993, 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996, la cual deberá manifestarse bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la firma de la carta de presentación de la propuesta”.

3. En desarrollo del proceso licitatorio, la sociedad Vives Comunicaciones, Sociedad Anónima Comercial, representada por el señor Alfredo Vives Lacouture,

<sup>84</sup> Fls.60-74, 263-277 C.1, 229-243 C.2, y 341-355 C.5



presentó propuesta para la ciudad de Santa Marta, manifestando que “declaro bajo juramento que se entiende prestado con la firma del presente documento de presentación de esta propuesta, que no estoy incurso en causal de inhabilidad, inhabilidad (sic), incompatibilidad o prohibición legal vigente que regulan la presente licitación, según lo establecido por la Constitución y la Ley. Afirmó además, que aceptaré la aplicación de lo dispuesto en la ley, en el pliego de condiciones, en caso de sobrevivir (sic) una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición”.

4. De conformidad con la información reportada por conducto de Ministerio de Relaciones Exteriores, el representante legal y accionista de la sociedad Vives Comunicaciones S.A.C., fue condenado por el delito de posesión con intención de distribuir cocaína y terminó de cumplir la condena el 22 de abril de 1993, incurriendo en consecuencia en la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 506 de 1999. No obstante lo anterior, manifestó bajo la gravedad del juramento no encontrarse incurso en ninguna prohibición, engañando a la Comisión Nacional de Televisión, en los documentos presentados para demostrar las calidades y requisitos exigidos tanto en la Ley como en el pliego de condiciones.

5. Asimismo, de acuerdo al estado de cuenta remitido por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión, con corte 30 de abril de 2002, la sociedad adeuda a la Comisión, los siguientes valores, incluidos los intereses moratorios:

Por concepto de <b>concesión</b>	
Capital en mora	\$2.501.404.
Intereses corrientes	\$0
Intereses moratorios	\$92.252
Por concepto de <b>compensación</b>	
Capital corriente	\$8.831.057
Capital en mora	\$73.496.175
Intereses moratorios	\$4.800.473

Si bien el concesionario consignó un valor por concepto de la compensación, cuya totalidad no se encuentra cubierta aún, las copias de los recibos que anexó con respecto a los valores adeudados por compensación, corresponden a pagos efectuados en octubre de 2001, existiendo en consecuencia una ostensible violación de las obligaciones contractuales, atinentes al plazo para realizar los pagos tanto por concesión como por compensación.

(...)

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la Sociedad concesionaria, para justificar la utilización de una contabilidad de caja y no de causación y para justificar que reporta a la entidad un número inferior de usuarios o suscriptores; lo anterior, por cuanto la cláusula octava del contrato, al igual que el numeral 2 de la cláusula doce del contrato, estipulan de manera clara, tal como lo reconoce la sociedad, la obligación de registrar los ingresos por el sistema de causación; por otra parte, la obligación de reportar el número de usuarios se encuentra también estipulada en el numeral 11 de la cláusula 12, en concordancia con lo dispuesto al efecto por el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, modificado por el Acuerdo 003 de 2001 en su artículo 2; le corresponde al concesionario diseñar estrategias y políticas tendientes a la recuperación de su cartera, sin que pueda exonerarse el concesionario de responsabilidad, por el supuesto no pago de los suscriptores.

(...)



*7. Que a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y de conformidad con los antecedentes y hechos relacionados, la sociedad Vives Comunicaciones S.A.C., se encuentra incurso en las causales de caducidad señaladas en los numerales 3,5,7 y 10 de la cláusula veintiuna del contrato de concesión suscrito entre las partes.  
(...)”.*

La anterior Resolución fue notificada a la sociedad Vives Comunicaciones S.A., por edicto fijado el 20 de mayo de 2002<sup>85</sup>, quien interpuso recurso de reposición el 20 de junio de 2002<sup>86</sup>.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Televisión mediante Resolución No. 935 de 26 de septiembre de 2002<sup>87</sup> confirmó la Resolución 453 de 20 de mayo de 2002 reiterando los argumentos expuestos en la decisión inicial.

Es de anotar que el anterior acto administrativo fue notificado a Vives Comunicaciones S.A., de manera personal el 22 de octubre de 2002<sup>88</sup>.

Así las cosas, la Comisión Nacional de Televisión, decidió liquidar el Contrato de Concesión No. 184 de 1999, mediante Resolución No. 324 de 7 de mayo de 2003<sup>89</sup>, de la que adicionalmente obra su notificación por edicto fijado en la misma fecha<sup>90</sup>.

Vistos los anteriores antecedentes, la Sala observa que la sociedad demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 453 de 20 de mayo de 2002 y No. 935 de 26 de septiembre de 2002, por medio de las cuales la Comisión Nacional de Televisión declaró y confirmó la caducidad del Contrato de Concesión No. 184 de 1999.

En este orden de ideas, la Sala revisará las motivaciones expuestas por la Comisión Nacional de Televisión para declarar la caducidad del contrato:

**4.1 El representante legal y accionista de la sociedad Vives Comunicaciones S.A.C., fue condenado por el delito de posesión con intención de distribuir cocaína y terminó de cumplir la condena el 22 de abril de 1993, incurriendo en consecuencia en la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 506 de 1999.**

<sup>85</sup> Fls.247-248 C.2 y 359-360 C.5

<sup>86</sup> Fls.97-126 C.1

<sup>87</sup> Fls.78-100 , 278-300 C.1, 301-325 C.2 y 362-384 C.5

<sup>88</sup> Fls.385 C.5

<sup>89</sup> Fls.327-331 C.2

<sup>90</sup> Fls.332-334 C.2



Como pudo verse, la Comisión Nacional de Televisión llegó a esta conclusión con fundamento en la información reportada por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, frente a lo cual, adicionalmente, se censuran las manifestaciones que bajo la gravedad de juramento efectuó el representante legal de la sociedad Vives Comunicaciones S.A., engañando a la Comisión Nacional de Televisión.

Al respecto, la primera previsión que hace la Sala demuestra que, como lo sostuvo la CNTV en los actos administrativos demandados, el pliego de condiciones estableció las prohibiciones e inhabilidades en que no podían incurrir los proponentes.

A la sazón se observa que el pliego de condiciones de la licitación pública No. 001 de 1999<sup>91</sup> cuyo objeto era el “otorgamiento de contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para el nivel distrital o municipal igual o mayor a 100.000 habitantes”, determinó que el régimen jurídico aplicable era el contenido en dicho pliego, en la Ley 80 de 1993 en cuanto a las normas que regulan el proceso licitatorio; en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y en los Acuerdos No. 014 de 1997, 049 de 1998, 001, 002 y 004 de 1999 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y demás normas que adicionen, modifiquen o reglamenten la materia.

En concordancia con lo anterior frente a la calidad y requisitos para el nivel municipal (3.1.1) se dijo que podía presentar propuestas quien, entre otros, tuviera capacidad para licitar y contratar, siempre que no se encontrara incurso en alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición contemplada en la Constitución y en la Ley, en especial en las Leyes 80 de 1993, 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996 y, en consecuencia, se exigió tal manifestación bajo la gravedad de juramento que se entendía prestado con la firma de la carta de la propuesta.

Es de anotar que las condiciones prevista en el punto 3.1.1. del pliego de condiciones deben leerse en relación con la estipulación contenida en el punto 3.1.3, donde al referir la información del proponente hace recaer las causales de inhabilitación, incompatibilidad o prohibición no solo sobre el proponente mismo, en este caso la sociedad Vives Comunicaciones, sino que la extiende a “*alguno de sus socios*”, imponiendo la obligación de informar inmediatamente tales hechos a la Comisión Nacional de Televisión, cuando ellos sobrevengan durante la licitación, la adjudicación o con posterioridad a ella o antes de la firma del contrato.

---

<sup>91</sup> Fls.54-170 C.2 y 17-151 C.5



Y adicionalmente la Sala observa que el punto 3.1.7 del pliego expresamente estableció como causal de rechazo de la propuesta, cuando ella hubiera sido presentada *“encontrándose incurso en inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de las señaladas en la Constitución y en la Ley, o que le sobreviniere alguna en el desarrollo del proceso licitatorio.”*

Ahora bien, en lo que concierne al proponente la Sala observa que la carta de presentación de la propuesta radicada por Vives Comunicaciones S.A. el 26 de agosto de 1999<sup>92</sup>, se encuentra firmada por Alfredo Antonio Vives Lacouture, quien de conformidad con el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Santa Marta<sup>93</sup> funge como representante legal de la sociedad, y quien además de manifestar su intención de participar en la licitación pública, expresamente declaró *“(…)bajo juramento que se entiende prestado con la firma del presente documento de presentación de la propuesta, que no estoy incurso en causal de inhabilidad, inhabilidad (sic), incompatibilidad o prohibición legal vigente que regulan la presente licitación según lo establecido por la Constitución y la Ley”*.

Y, además, afirmó que *“aceptaré la aplicación de lo dispuesto en la ley, en el pliego de condiciones, en caso de sobrevivir (sic) una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición”*.

Es por lo anterior que para la Sala es evidente que Vives Comunicaciones S.A., tenía pleno conocimiento de la condena con pena privativa de la libertad que se impuso por las autoridades Norteamericanas a su representante legal y socio accionario, pues fue él mismo señor Alfredo Antonio Vives Lacouture quien suscribió la carta de presentación de la propuesta, manifestó bajo juramento no estar incurso en la inhabilidad, suscribió el contrato, consecuencia de lo cual se hace igualmente evidente la omisión al deber de información en que incurrió la sociedad contratista, comportamiento abiertamente contrario a los postulados de la buena fe contractual que conllevó un engaño para la administración que confió en el juramento del proponente.

Así las cosas, acude la razón a los argumentos expuestos por la Comisión Nacional de Televisión para declarar la caducidad del contrato suscrito con la sociedad Vives Comunicaciones S.A., concretamente, en atención al contenido del artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificada por el artículo 506 de 1999, según el cual:

*“La Comisión Nacional de Televisión se abstendrá de adjudicar la correspondiente licitación u otorgar la licencia, cuando en la sociedad o en la comunidad organizada interesada en la concesión tuviere participación, por sí o por*

<sup>92</sup> Fls.173-174 C.2 y 154-155 C.5

<sup>93</sup> Fls.177-180 C.2 y 157-160 C.5



*interpuesta persona, una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad excepto por los delitos políticos o culposos.*

*El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo es causal de nulidad absoluta de la adjudicación de la licitación u otorgamiento de la licencia correspondiente.*

*Cuando uno de los socios o partícipes de la sociedad o comunidad organizada beneficiaria de la concesión, hubiere sido condenado por alguno de los delitos mencionados en el inciso anterior, la sociedad o comunidad correspondiente perderá el contrato y la Comisión Nacional de Televisión procederá a terminarlo unilateralmente. Si se tratare de licencia, la Comisión procederá a revocarla, sin que en este último caso se requiera el consentimiento del titular de la concesión; sin que en ninguno de los casos hubiere derecho a indemnización alguna.*

*PARAGRAFO. La persona que hubiere sido favorecida con amnistía, con indulto, cesación de procedimiento por delitos políticos o culposos se exceptúa de esta prohibición.”*

Al respecto debe recordarse que la norma en cita obliga a la Comisión Nacional de Televisión a excluir del proceso licitatorio a quien se encuentre incurso en la inhabilidad aquí contenida, que a su vez se establece como una causal de nulidad absoluta del acto administrativo de adjudicación y de terminación unilateral del contrato, cuando este se halla en ejecución sin que haya lugar a indemnización de perjuicios.

Así las cosas, la configuración de la situación descrita en la norma anula la condición de elegibilidad del proponente y determina un impedimento para la ejecución del contrato, en razón a lo cual la relación contractual debe interrumpirse cuando la CNTV encuentra plenamente probado el hecho configurador.

Con relación a la prueba de la condena a pena privativa de la libertad en cabeza del señor Alfredo Antonio Vives Lacouture, se encuentran los siguientes documentos:

- Oficio No. 1805 de 12 de marzo de 2002 proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el cual se le informó a la Comisión Nacional de Televisión que Alfredo Antonio Vives Lacouture cumplió condena el 22 de abril de 1993<sup>94</sup>.
- Oficio No. 0473 de 4 de abril de 2002 suscrito por el Ministerio de Relaciones Exteriores
- Coordinador de Grupo de Asistencia a Connacionales y Promoción de Comunidades Colombianas en el Exterior- y dirigido a la Comisión Nacional de Televisión mediante el cual se le puso de presente “*la situación jurídica de Alfredo Antonio Vives Lacouture*”<sup>95</sup>:

*“(...) De manera atenta me permito comunicarle que el Consulado de Colombia en Miami a través del fax C.G No. 781/230 del 3 de abril del presente año puso en conocimiento la información obtenida por la Asesora Jurídica de esta Sede*

---

<sup>94</sup> Fls.299 C.2

<sup>95</sup> Fls.216 C.2



*Consular en relación a la situación jurídica del señor en referencia, la cual es la siguiente:*

*Delito por el cual fue condenado: Posesión con intención de distribuir cocaína.*

*Sentencia: 8 años, 4 años con libertad vigilada.*

*Fecha de culminación de sentencia: 22 de abril de 1993”.*

Ahora bien, con relación a este material probatorio el recurso de apelación refuta que el A quo tuviera como plena prueba para demostrar la inhabilidad en la que incurrió el representante legal de Vives Comunicaciones S.A., los documentos antes relacionados al considerar que la sentencia condenatorio debió allegarse al plenario dando cumplimiento al trámite del exequátur, lo cual es equivocado por cuanto no se trata de ejecutar en Colombia una sentencia judicial proferida en el extranjero sino, simplemente, de demostrar el hecho de que Alfredo Antonio Vives Lacouture había sido condenado a una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína.

Entonces, contrario a lo afirmado por la demandante, la Sala considera que las certificaciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con fundamento en la información que recibió por fax del Consulado de Colombia en Miami, configuran un acto de fe pública y tiene el alcance de plena prueba, mucho más, si se tiene en cuenta que dicho medio probatorio nunca fue desvirtuado por la demandante.

*Contrario sensu*, observa la Sala que dentro de los argumentos expuestos por Vives Comunicaciones en su recurso de reposición contra la decisión que declaró la caducidad del contrato no desmintió la situación fáctica sino que fundamentó la no vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en que la condena privativa de la libertad no fue impuesta por una autoridad judicial colombiana ni bajo las normas colombianas, entre tanto que el delito fue cometido en el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica donde el “representante legal y accionista de la Sociedad Vives Comunicaciones S.A.C” cumplió su pena.

Al respecto la sociedad manifestó:

*“(…) Para encontrarse incurso de una causal de inhabilidad, debe tratarse de una persona que haya sido condenada a pena privativa de la libertad por autoridad judicial competente colombiana, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley Colombiana.*

*Ahora bien, el representante legal y accionista de la Sociedad Vives Comunicaciones S.A.C., fue condenado por un delito cometido en el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica y su pena cumplida conforme a las leyes de ese país, delito que no tuvo relación alguna ni con el territorio nacional ni infringió las leyes colombianas, luego la pena impuesta en el extranjero no puede entenderse como impuesta en Colombia ya que la ley penal colombiana se aplica*



*sólo a las conductas punibles realizadas o cometidas en el territorio de la República de Colombia y definidas como tales por el ordenamiento jurídico. (...)*”.

Visto el recurso de reposición antes citado, llama la atención de la Sala el yerro protuberante y grosero que tales argumentaciones presentan para evadir la responsabilidad de la empresa frente a la situación de su representante legal y socio, de la cual se reitera el conocimiento de dicha situación y, además, su intención de evadirla.

Asimismo, la Sala considera que la sociedad demandante tampoco propuso en este momento la exclusión del representante legal y socio accionario de la sociedad para subsanar los hechos en que se fundamentó la declaratoria de caducidad, y sólo hasta la presentación de la demanda adujo falsa motivación, abuso y desviación del poder porque la entidad contratante debió haber solicitado el retiro de dicho socio de la sociedad y no haber declarado la caducidad del contrato, cuando en realidad, es evidente que nunca fue la intención de la sociedad retirar al señor Alfredo Antonio Vives Lacouture de la gerencia de la sociedad o de su participación accionaria, pues hasta el momento de presentación de esta demanda (13 de mayo de 2004) fungía como representante legal según consta en el poder por él otorgado y en el certificado expedido por la Cámara de Comercio el 10 de mayo de 2004<sup>96</sup>.

Nótese al respecto que el inciso tercero del artículo 58 de la Ley 182 de 1995 dispuso que cuando alguno de la sociedad o comunicad correspondiente hubiere sido condenado en cualquier época a pena privativa de la libertad *“la sociedad o comunidad correspondiente perderá el contrato y la Comisión Nacional de Televisión procederá a terminarlo unilateralmente”* sin ningún requisito adicional.

Sin embargo, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del inciso tercero de la norma la condicionó a que se interpretara de la siguiente manera: *“que habrá lugar a la terminación unilateral del contrato o a la cancelación de la licencia, sin que haya lugar a indemnización, si una vez verificada la situación en la que se origina el impedimento, la persona no es retirada de la sociedad o comunidad organizada”*.

Como antes se dijo una vez verificada la situación de inhabilidad y prohibición la entidad contratante procedió a finalizar la relación contractual, sin que Alfredo Antonio Vives Lacouture hubiera sido retirado de la sociedad, procedimiento que no le correspondía efectuar a la Comisión Nacional de Televisión sino a Vives Comunicaciones S.A.

---

<sup>96</sup> Fls.31-33 C.1



Entonces, es claro que la acreditación de la condena con privación de la libertad antes descrita era suficiente para que la CNTV terminara unilateralmente el contrato, sin autorización de la contratista y sin indemnización de perjuicio como se dijo en el acápite 3.

Sin embargo, la Sala quiere aclarar que el procedimiento legalmente establecido para los eventos en que la administración verifica la inhabilidad o prohibición prevista en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, es el de la terminación unilateral del contrato sin indemnización de perjuicios y no la caducidad del contrato como en el caso de autos se impuso, esto es con el carácter de sanción.

Al respecto debe preverse que la disposición contenida en el mencionado artículo 58 no pretende fijar una sanción por la condena privativa de la libertad impuesta al miembro de la sociedad sino, simplemente, garantizar la protección a los intereses generales de la comunidad destinataria del servicio público como se expuso en el acápite 3 de esta providencia.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que como se señaló en el capítulo 5 de estas consideraciones, las causales de caducidad del contrato son las que expresamente dispone la Ley, y la causal aquí aducida no se encuentra contemplada dentro de las causales de caducidad sino de terminación unilateral, la motivación expuesta en este sentido para motivar la resolución demandada adolece de falsedad, en tanto los elementos jurídicos que estructuraron la causa o motivo de la decisión son falsos.

No obstante, en el caso concreto tampoco puede perderse de vista que la caducidad no solo tuvo como fundamento el incumplimiento de las disposiciones que consagran inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones (numeral 10º de la Cláusula 21 del contrato) sino también, que la caducidad se decretó con fundamento en el incumplimiento de la contratista de sus obligaciones.

#### **4.2 Incumplimiento en el pago de los conceptos que por concesión y compensación correspondían a la sociedad Vives Comunicaciones S.A.**

El acto administrativo demandado sostuvo que de acuerdo al estado de cuenta remitido por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión, con corte 30 de abril de 2002, la contratista adeudaba a la Comisión, los siguientes valores, incluidos los intereses moratorios:

Por concepto de <b>concesión</b>	
Capital en mora	\$2.501.404.
Intereses corrientes	\$0



Intereses moratorios	\$92.252
Por concepto de <b>compensación</b>	
Capital corriente	\$8.831.057
Capital en mora	\$73.496.175
Intereses moratorios	\$4.800.473

Asimismo, admitió que *“el concesionario consignó un valor por concepto de la compensación, cuya totalidad no se encuentra cubierta aún, las copias de los recibos que anexó con respecto a los valores adeudados por compensación, corresponden a pagos efectuados en octubre de 2001, existiendo en consecuencia una ostensible violación de las obligaciones contractuales, atinentes al plazo para realizar los pagos tanto por concesión como por compensación”*

Con relación a los hechos de incumplimiento en el plazo para realizar los pagos tanto por concesión como por compensación, e incumplimiento en los pagos mismos, la Sala observa el siguiente material probatorio:

El 22 de mayo de 2000, mediante oficio No. 50591, la Comisión Nacional de Televisión se dirigió al representante legal de la sociedad Vives Comunicaciones S.A., para manifestarle que: (i) *“las obligaciones contractuales contraídas por la sociedad que usted representa en el contrato 184-99 son de imperativo cumplimiento”*; (ii) *“respecto a lo establecido en las cláusulas 7 y 12 del mencionado contrato, éstas deben ser cumplidas de acuerdo a lo que refleje la entidad financiera y contable del concesionario y no teniendo en cuenta factores externos a la relación contractual existente entre la sociedad Vives Comunicaciones S.A. y la Comisión Nacional de Televisión; y (iii) “el incumplimiento de las obligaciones contractuales tienen como consecuencia la aplicación de multas y eventualmente la declaratoria de caducidad del contrato”<sup>97</sup>.*

En una segunda oportunidad, el 27 de junio de 2000 mediante oficio No. 52661 la Comisión Nacional de televisión se dirigió a la sociedad Vives Comunicaciones S.A., para reiterarle las consecuencias del incumplimiento<sup>98</sup>:

*“(…) Una de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de concesión de espacios de televisión suscrito con la Comisión Nacional de Televisión, consiste en el pago de los valores que se causen a favor de la entidad, correspondiente al 10% de compensación, sobre los ingresos brutos.*

*(…)*

*No sobra señalar que de conformidad con lo acordado en la cláusula 8 del contrato de concesión de espacios, entre la Comisión y la sociedad concesionaria y en concordancia con la Ley, el incumplimiento de las obligaciones contractuales da lugar a la imposición de las sanciones allí establecidas”.*

<sup>97</sup> Fls.217-218 C.2

<sup>98</sup> Fls.219 C.2



Por tercera vez, el 8 de agosto de 2000 mediante oficio No. 55268 la Comisión Nacional de Televisión le comunicó a la sociedad Vives Comunicaciones S.A., que: (i) a la fecha se encontraban vencidos los plazos consagrados en la cláusula 8 del contrato No. 184/99, para el pago de los conceptos causados provenientes de la explotación del servicio de televisión por suscripción, el cual debía efectuarse dentro de los 45 días siguientes al vencimiento de cada trimestre; y (ii) en caso de no producirse los pagos debidos se haría acreedor a las sanciones previstas en el contrato No. 184 de 1999<sup>99</sup>.

Nuevamente, el 30 de noviembre de 2000 mediante oficio No. 60276 la Comisión Nacional de Televisión se dirige a la sociedad Vives Comunicaciones S.A., para informarle<sup>100</sup>:

*“(...) Revisado el estado de cuenta de sus obligaciones, le comunicamos que de conformidad con el numeral 3 de la cláusula 21 del contrato suscrito entre la sociedad que usted representa y la CNTV, este se encuentra en causal de caducidad.*

*Por lo expuesto, le solicitamos que en un plazo no mayor a 30 días calendario contados a partir del recibo de esta comunicación, se proceda a efectuar el pago de las obligaciones en mora a la fecha de su cancelación.*

*(...)*

*En el evento de incumplimiento en la cancelación de las obligaciones, la CNTV impondrá las respectivas multas y sanciones previstas en el contrato”.*

Un año después, observa la Sala que mediante el Acuerdo No. 003 de 13 de noviembre de 2001 proferido por la Comisión Nacional de Televisión “*se modifican las tarifas por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital*” del cual se extrae<sup>101</sup>:

*“(...) **Artículo segundo:** Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1998, los cuales quedarán así:*

*“Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario”.*

***Artículo tercero: De la forma de pago de la compensación.-** El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por parte de los concesionarios*

<sup>99</sup> Fls.220 C.2

<sup>100</sup> Fls.221 C.2

<sup>101</sup> Fls.358-366 C.2



*del servicio de televisión por suscripción y por parte de las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital. Para tal fin, deberán presentar dentro de los quince días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el formato contenido en el anexo que forma parte integral del presente acuerdo; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal de la sociedad, según el caso. El concesionario o la sociedad autorizada, tendrán un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago.*

*Si el concesionario o la sociedad autorizada no presentan la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en el presente artículo, la Comisión Nacional de Televisión, a través de la Subdirección Administrativa y Financiera, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, tomando como base la anterior autoliquidación presentada, incrementada en un diez por ciento (10%).*

*La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Comisión Nacional de Televisión la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Bancaria (...)."*

En este mismo tiempo, el 14 y 15 de noviembre de 2001 la Comisión Nacional de Televisión efectuó una visita a la sociedad Vives Comunicaciones cuyo registro se consignó mediante acta de la que se extrae<sup>102</sup>:

*"(...) De otra parte, Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial emite las facturas a los usuarios en el momento en el que cancelan el servicio, que en muchos casos es una fecha posterior a la prestación del mismo, es decir que maneja un sistema de caja frente a las personas naturales, mientras que con las personas jurídicas se utiliza un sistema de causación. (Folio 246)*

*Al respecto, la cláusula 8 del contrato 184 de 1999, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 2649 de 1993, establece que el pago de la compensación es sobre ingresos causados no recaudados, en este orden de ideas se configura un presunto desconocimiento de las obligaciones contractuales de carácter económico, lo cual puede configurar la imposición de una multa a la luz de la cláusula 24 del citado contrato o de una sanción, de conformidad con lo estipulado en el numeral 4 del literal B, del artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997.*

*De otra parte, en la sede del operador no responsaba el libro de actas, cuando las normas vigentes establecen que todos los libros deben permanecer en la sede de la empresa o sociedad.*

*Respecto del número de usuarios del concesionario, se encontró que Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial había propuesto 8.000 usuarios para el segundo año, mientras que el reporte a octubre, que obra a folio 401, hace referencia a 6.825 presentando una diferencia de 1.175.*

*Adicionalmente, el señor Vives Lacouture manifestó a folio 249, que en el momento de la visita contaba con 8.234 usuarios activos, fundamentando en el*

<sup>102</sup> Fls.157-164 C.1 y 253- 260 C.2



*listado de usuarios, del cual se aportó la última hoja debido a su volumen, que obra a folio 70; se observa entonces una inconsistencia en el número de usuarios reportado a la entidad, la cual puede ser producto del sistema de caja utilizado por el operador.*

*(...)*

*El sistema de caja que utiliza Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial para elaborar las facturas, impide que la Comisión Nacional de Televisión reciba ingresos en el periodo en que se causan, como lo disponen las normas contables vigentes y el contrato de concesión.*

*Adicionalmente, en la medida en que TEC Ltda., aparentemente continúa recibiendo el pago de muchos usuarios por el servicio prestado por Vives Comunicaciones o en nombre de éste y que dicho pago no se transfiere al operador, por lo cual no se reporta a la entidad, atendiendo al sistema de caja utilizado, es necesario determinar si Vives Comunicaciones debe reportar estos usuarios a la Comisión Nacional de Televisión.*

*El sistema de caja utilizado configura un presunto desconocimiento de las obligaciones contractuales del concesionario, lo cual es sancionado por el numeral 2 del literal B, del artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997.*

*(...)*

En atención a lo anterior, el 31 de enero de 2002 mediante oficio No. 01420, la Comisión Nacional de Televisión se dirigió a la Sociedad Vives Comunicaciones S.A., para informarle<sup>103</sup>:

*“(...) De conformidad con el estado de cuenta remitido por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión, con corte 31 de diciembre de 2002, la sociedad que usted representa adeuda a la Comisión los siguientes valores incluidos intereses moratorios:*

<i>Por concepto de <b>concesión</b></i>	<i>\$18.006.316</i>
<i>Por concepto de <b>compensación</b></i>	<i>\$98.006.536</i>

*Como quiera que estos hechos configuran una presunta violación a las normas y estipulaciones contractuales citadas, esta Subdirección le solicita remitir las explicaciones pertinentes, y/o copia del recibo de pago mediante la cual se acredite el pago de la suma adeudada, dentro del término arriba señalado. En caso de no darse respuesta a la presente comunicación, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo (...)*

Nuevamente, el 27 de febrero de 2002 la Comisión Nacional de Televisión se dirigió a la sociedad Vives Comunicaciones S.A., con el fin de garantizar el debido proceso y le solicitó que remitiera las explicaciones pertinentes respecto a los siguientes incumplimientos que se han presentado del contrato No. 184 de 1999<sup>104</sup>:

*“(...) 1. En desarrollo de la visita administrativa efectuada al concesionario Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial, los días 13 y 14 de noviembre de 2001, se estableció según consta en el acta de inspección respectiva, que la*

<sup>103</sup> Fls.263-264 C.2

<sup>104</sup> Fls.151-153 C.1 y 407-409 C.2



*sociedad maneja una cartera como un libro auxiliar de cuentas por cobrar, debido a que utilizan una contabilidad de caja y no de causación; obra como prueba de lo anterior, el hecho establecido en la visita administrativa, consistente en que al usuario o suscriptor del servicio, primero se le expide un estado de cuenta, y si éste cancela se le hace entrega de un recibo de caja y se procede luego a la expedición de la correspondiente factura, en el caso de los suscriptores personas naturales.*

*Adicionalmente, el contador de la Sociedad informó a los funcionarios de la Comisión que practicaron la visita, que la factura por el servicio sólo se efectúa cuando se realiza el recaudo del valor, lo que implica que el ingreso se esté causando contablemente cuando se realiza el ingreso y no cuando éste se causa”.*

En atención a lo anterior, el 6 de marzo de 2002 la sociedad Vives Comunicaciones S.A., se dirigió a la Comisión Nacional de Televisión para explicarle los “hechos referentes a los tratamientos contables de la facturación del servicio de TV CABLE”<sup>105</sup>:

*“(...) Actualmente la empresa concesionaria determina un tratamiento contable con base a los ingresos recibidos del servicio prestado y nos hemos vistos obligados a tomar esta figura debido al alto número de suscriptores afiliados con mora superior a 180 días, sin garantías inmediatas para el pago de dicho servicio de parte de los usuarios.*

*El pago de la compensación con base en los ingresos causados nos resultaría inoperante por obligarnos a declarar y asumir unos impuestos que no sabemos en qué momento se van a recaudar. Por experiencia propia hemos concluido que la mentalidad típica de la gran mayoría de los afiliados de adquirir el servicio en forma fraudulenta, cuando se les efectúa el corte del servicio para presionar el pago, nos impide continuar con esta práctica; lo cual además, si lo continuamos se tiende a generalizar. El cobro por las vías judiciales, además de lentas, tampoco garantiza el cobro efecto del servicio causado.*

*Con lo anterior explicamos las razones del tratamiento contable. Sin embargo, ante todo nos regimos por ustedes para cualquier cambio en dicho procedimiento y esperamos tomen nota de lo expuesto y reconsiderar cualquier cambio o proceso administrativo por incumplimiento de las obligaciones de la cláusula octava, ya que nuestro objetivo es facilitar los medios para la adquisición del servicio a los usuarios y no convertirnos en un ente generador de más problemas jurídicos a los ciudadanos (...).”*

A continuación, el 24 de marzo de 2002 por medio de oficio No. 05791, Vives Comunicaciones S.A., le comunicó a la Comisión Nacional de Televisión, lo siguiente<sup>106</sup>:

*“(...) Los hechos fácticos que explican la diferencia presentada entre la información de usuarios activos (8.234) en nuestra base de datos y los reportados a la C.N.T.V., en los meses de octubre 6.825 y noviembre 5.132 es debido a que los usuarios que se reportaron en estos meses, corresponden a los usuarios que cancelaron el servicio de televisión por suscripción a Vives Comunicaciones S.A.C., en los respectivos meses.*

<sup>105</sup> Fls.149-150 C.1

<sup>106</sup> Fls.425-426 C.5



*Hasta tanto no sea posible contar con garantías reales de parte de los usuarios y/o un sistema judicial eficiente es imposible facturar, responder y pagar compensaciones por pagos de servicios no cancelados, de los usuarios conectados a la red de TV Cable.*

*Vale la pena mencionar que estamos haciendo esfuerzos para codificar gradualmente, las señales que actualmente distribuimos en el paquete básico, como mecanismo práctico de defensa para desactivar los usuarios que no efectúen el pago oportuno y evitar el crecimiento de la cartera, sin el riesgo de ser víctimas de soborno a los operarios y el fraude que a diario detectamos en las inspecciones que se practican en las redes de la empresa, sin apoyo de autoridad competente, a pesar de haberse denunciado los hechos y solicitado colaboración en el mes de diciembre, a la Fiscalía Seccional.  
(...)”.*

Seguidamente, el 17 de abril de 2002 mediante oficio No. 05159 la Comisión Nacional de Televisión informó al Representante Legal de Vives Comunicaciones S.A., con el fin de “garantizar el debido proceso” lo siguiente<sup>107</sup>:

*“(...) En desarrollo de la visita administrativa efectuada al concesionario Vives Comunicaciones Sociedad Anónima Comercial, los días 13 y 14 de noviembre de 2001, se estableció según información reportada por el propio concesionario, que contaba con 8.234 usuarios activos; no obstante lo anterior, el concesionario reportó a la entidad 6.825 usuarios en el mes de octubre de 2001 y para el mes de noviembre 5.132.*

*Como quiera que estos hechos configuran una presunta violación a las estipulaciones contractuales, esta Subdirección le solicita remitir las explicaciones pertinentes, dentro del término arriba señalado (...)”.*

Un mes después, el 17 de mayo de 2002 mediante oficio No. 07437 la Comisión Nacional de Televisión informó a la Sociedad Vives Comunicaciones S.A., que debe lo siguientes saldos: (i) por concepto de concesión, \$2.535.845; y (ii) por concepto de compensación, \$76.737.571<sup>108</sup>.

Luego de lo cual se profirió la Resolución No. 453 de 20 de mayo de 2002 por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión declaró la caducidad del contrato de concesión No. 184 de 1999 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en el mencionado contrato, equivalente el 20% del valor del mismo<sup>109</sup>.

Contra la anterior Resolución la sociedad Vives Comunicaciones S.A., presentó recurso de reposición el 20 de junio de 2002<sup>110</sup> y con relación a este punto argumentó que estos hechos fueron “generados por circunstancias de fuerza mayor”:

---

<sup>107</sup> Fls.2561-262 C.2

<sup>108</sup> Fls.300 C.2

<sup>109</sup> Fls.60-74, 263-277 C.1, 229-243 C.2, y 341-355 C.5

<sup>110</sup> Fls.97-126 C.1



*“(...) En lo que se refiere a la mora en el pago de los valores correspondientes por concepto de concesión y compensación, es necesario hacer claridad sobre lo siguiente: los primeros, se encuentran debidamente cancelados como se prueba con los comprobantes de pago que se anexan al presente escrito; los segundos, se encuentran debidamente cancelados hasta el mes de diciembre de 2001, y respecto de los meses que se adeudan, la sociedad se encuentra tramitando un acuerdo de pago de conformidad con la Resolución No. 424 de 2002, al igual que los demás concesionarios de los contratos de televisión por suscripción, entre los cuales es de anotar que Vives Comunicaciones S.A.C., es el que presenta el menor retardo en el pago de este concepto.*

*En cuanto a la utilización de una contabilidad de caja y no de causación se debió a circunstancias derivadas del incumplimiento de un contrato de cuentas de participación que celebró la sociedad concesionaria con la firma TEC & CIA Ltda., que ha impedido contabilizar los recaudos que efectúa de manera ilegal, como es de conocimiento por parte de la Comisión Nacional de Televisión. Además, la poca efectividad del sistema de corte manual no garantiza el recaudo facturado, ya que muchos usuarios cortados se reinstalan a la red clandestinamente, lo cual obligó a suspender los cortes por no pago del servicio e incluirlos dentro de los suscriptores con el fin de tratar de efectuar su recaudo, sin embargo esta situación ha ocasionado muchas inconsistencias al momento de utilizar el sistema de causación que han impedido su implementación en lo que se refiere a los contratos celebrados con personas naturales, con el consecuente déficit de caja y poniendo en una difícil situación financiera al concesionario en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la prestación del servicio. Adicionalmente, si se utiliza el sistema de causación, se verían disminuidos considerablemente el número de usuarios, ya que sólo se le podría causar el servicio a los usuarios que presenten una mora inferior a sesenta (60) días por los cortes que se realizarían por incumplimiento en el pago.  
(...)”.*

Ahora bien, el escrito de demanda sostiene que los actos administrativos que imponen y confirman la caducidad del contrato están imbuidos de falsa motivación, abuso y desviación del poder por cuanto Vives Comunicaciones S.A. canceló de manera oportuna los valores adeudados por concepto de concesión y compensación y el incumplimiento de las obligaciones del contrato, derivado de la utilización de una contabilidad diferente a la pactada, en el negocio jurídico, no estaba revestido de gravedad alguna que conllevara la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones contractuales.

Sobre el punto, la Sala considera que el cumplimiento de las obligaciones alegado por la demandante no se encuentra probado dentro del plenario, de manera que en tanto el argumento de Vives Comunicaciones no encuentra sustento probatorio, la presunción de legalidad del acto administrativo queda incólume.

Adicionalmente, lo que sí observa la Sala es que la contratista venía presentado un incumplimiento en el pago de los porcentajes por concepto de concesión y de compensación que se remonta al año 2000, pues desde las comunicaciones de 22 de



mayo, 27 de junio y 30 de noviembre de 2000 la CNTV venía requiriendo a la concesionaria para que cumpliera con sus obligaciones so pena de verse incurso en las sanciones administrativas a que había lugar, entre ellas la caducidad del contrato.

Del mismo modo, como pudo observarse, el 13 de noviembre de 2001 la CNTV disminuye el porcentaje de compensación del 10% al 7% y, sin embargo, aun después de esta disminución se siguen presentado incumplimientos en sus pagos por parte de la contratista.

Aunado a lo anterior, en la visita realizada por la CNTV a la sociedad Vives Comunicaciones los días 14 y 15 de noviembre de 2001, además de evidenciarse el incumplimiento en el pago de los porcentajes de concesión y compensación que correspondía a la demandante, se descubrió que tales pagos se estaban efectuando sobre valores recaudados y no sobre valores causados como lo exigían las estipulaciones contractuales, situación que es a todas luces atentatoria contra el patrimonio público entre tanto que los dineros que le correspondían a la administración dentro de la ejecución del contrato se estaban viendo retenidos por el particular; circunstancia a la cual se suman las diferencias en el reporte de usuarios.

En atención a lo anterior, nuevamente el 31 de enero y 27 de febrero de 2002 la CNTV, de conformidad con el art. 35 del C.C.A., y para garantizar el debido proceso, requiere a la contratista para que explique su incumplimiento, quien en oficio del 6 de marzo del mismo año contesta el requerimiento admitiendo:

- La utilización de un sistema contable de caja, esto es, un sistema diferente del contractualmente pactado.
- Admite que no se están declarando las obligaciones e impuesto como lo exige el contrato, simplemente, porque no es conveniente para su empresa.
- Admite la diferencia en la información de usuarios, pues mientras hay 8234 usuarios activos, en los meses de octubre y noviembre anteriores solo se reportaron a la CNTV 6825 y 5132 respectivamente. Situación está que vale decir se encuentra contemplada como causal de caducidad en el Acuerdo 014 de 1997 reglamentario del servicio de concesión de televisión:

**Artículo 36. (...)**

*En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato”.*



El 17 de abril de 2002 la CNTV requiere nuevamente a la concesionaria para que explique el motivo de su incumplimiento y le informa las sumas adeudadas y, finalmente el declara la caducidad del contrato

Y finalmente, llaman la atención de la Sala los argumentos expuestos por la sociedad Vives Comunicaciones en el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de caducidad, donde nuevamente admite el retardo en el pago de sus obligaciones bajo la justificación según la cual de los concesionarios del servicio ella es la que menos le debe a la CNTV; acepta la existencia de recaudos ilegales que le atribuye a TEC y Cia Ltda y, en definitiva considera que estas circunstancias no son graves.

Así las cosas, la Sala manifiesta que no comparte los argumentos expuestos por la concesionaria entre tanto que su incumplimiento además de reiterado es absolutamente grave para la administración que no puede confiar en la información reportada por su contratista y no logra recaudar su participación porcentual en la ejecución del contrato dentro de los términos pactados lo que evidentemente se refleja en la garantía de prestación del servicio.

Al respecto, se reprocha que la CNTV se encontraba recibiendo unos pagos con fundamento en una información contable que no correspondía con la pactada en el contrato, que no reportaba todos los usuarios, que no reportaba todos los ingresos y de la que la entidad contratante no tenía conocimiento.

Y resulta incuestionable que la contratista no estaba facultada para adoptar unilateralmente esta decisión, ello conllevaba una modificación de las condiciones pactadas que ni siquiera le fue informada a la CNTV, ya que ésta sólo tuvo conocimiento hasta cuando efectuó una visita de revisión a la sociedad Vives Comunicaciones.

Así las cosas, la Sala insiste en que no son de recibo los argumentos expuestos por la demandante en su oficio de fecha 6 de marzo de 2002 ni en el recurso de reposición, entre tanto que sí, verdaderamente, se presentaban inconvenientes con los usuarios del servicio lo esperable era que la concesionaria informara a la CNTV dentro de la oportunidad correspondiente para que ambas partes determinaran las soluciones y bilateralmente se pactaran las correcciones a que hubiera lugar.

Finalmente, la manifestación efectuada por Vives Comunicaciones según la cual el hecho que generó el incumplimiento de la parte actora le es imputable a la Comisión Nacional de Televisión al no adoptar las medidas necesarias para que *“operadores piratas ejercieran y presentaran el servicio, hecho este que afectó notablemente los ingresos de la sociedad*



*Vives Comunicaciones, tal como quedó demostrado con las pruebas documentales, testimoniales y dictámenes periciales recobrados dentro del proceso”.*

Tampoco es de recibo, principalmente, porque ella no justifica que la contratista haya adoptado un método de contabilidad diferente al pactado en el contrato y que no reporta toda la información a la entidad contratante.

En conclusión de todo lo dicho, la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos no ha quedado desvirtuada y, en consecuencia, la Sala negará las súplicas de la demanda y confirmará la sentencia apelada.

Adicionalmente, porque debe aclararse que aunque se encuentra nula la argumentación fundamentada en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, los elementos esenciales que estructuran la validez del acto administrativo no desaparecen en su totalidad, de manera que no se afecta la legalidad del acto.

Se observa que se mantiene la competencia en el sujeto activo, el sujeto pasivo, el procedimiento de la formación del acto respetó los postulados del debido proceso, defensa, y contradicción, la motivación se sostiene en el incumplimiento grave de la contratista que podía afectar la ejecución del contrato que pretende garantizar la prestación del servicio como finalidad última de la administración.

Dicho lo anterior, debe anotarse que el acto administrativo es válido, fue emitido de conformidad con las normas jurídicas y su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de junio de 2010<sup>111</sup> proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>111</sup> Fls.715-745 C.P



60  
Acción Contractual – Exp.39.622  
De: Vives Comunicaciones S.A  
Contra: Comisión Nacional de Televisión

**SEGUNDO: DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
**Presidente**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Magistrado Ponente**