

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – Empresas industriales y comerciales – Derecho privado

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

CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN, PRODUCCIÓN Y COPRODUCCIÓN – Contratos administrativos – Facultades de la administración – Artículo 42 ley 14 de 1991

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

En particular, la norma en cita ordenó la adjudicación de estos contratos, por regla general, mediante licitación pública y los catalogó como administrativos, razón por la cual debían pactarse las cláusulas obligatorias consagradas en el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983, de manera que estarían sometidos a los principios de modificación, interpretación y terminación unilateral por parte de la administración, así como a la facultad de ésta para imponer multas y la suspensión del contrato en caso de incumplimiento de las condiciones de contratación o violación de los reglamentos de programación, que a juicio de la entidad no ameritaran la declaratoria de caducidad. No obstante, la Ley 14 de 1991 guardó silencio respecto de los contratos de comercialización de espacios de televisión que celebraran las organizaciones regionales de televisión con empresas especializadas, cuando no se hubiese cedido este derecho a los respectivos contratistas de programas de televisión

CONTRATOS REGIDOS POR DERECHO PRIVADO – No actuar unilateral

Dicho de otro modo, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la Administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento [total o parcial] del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991.

CONTRATOS REGIDOS POR DERECHO PRIVADO – Clausulas exorbitantes

Sobre el particular, conviene traer a colación el criterio expuesto por la Sección en el sentido de que resulta nula por objeto ilícito la cláusula que se incluye en un contrato sometido al derecho privado cuando comporta un poder exorbitante no autorizado, dada la violación de las normas imperativas y de orden público que establecen las competencias de la Administración:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Poderes excepcionales – Nulidad absoluta

Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 61, 1212 y 1223 superiores, preceptos de orden público e imperativos y en tal virtud, de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito [artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil], en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Finalidad – Deber de equilibrar

El principio del equilibrio financiero del contrato en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar -objetiva-, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO – Teoría de la imprevisión – Elementos de estructuración

De acuerdo con la norma transcrita del estatuto mercantil, la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia, los elementos que estructuran esta teoría son:

- a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea;
- b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto;
- c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y
- d) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476)

Actor: SOCIEDAD ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA

Demandado: TELECAFE LTDA.

Referencia: ASUNTOS CONTRACTUALES-APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A. ("CONFIANZA S.A."), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca, el 12 de marzo de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la actora. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será modificada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 13 de diciembre de 1994, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A.), la Sociedad Aseguradora de Fianzas (en adelante también "CONFIANZA S.A."), mediante apoderado judicial, formuló demanda contra TELECAFÉ LTDA., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que circunstancias posteriores a la celebración del convenio de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993 celebrado entre TELECAFE LTDA. y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., en adelante CONFIANZA, ajenas y no imputables a ésta, alteraron el equilibrio económico de dicho convenio en contra de CONFIANZA.

SEGUNDA: Que TELECAFE debe restablecer el equilibrio económico del convenio de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993 restituyendo a CONFIANZA la cantidad de trescientos treinta y dos millones quinientos veinte mil ochocientos treinta y cuatro pesos con 25/100 (\$332.520.834,25) más su corrección monetaria a partir de la fecha de presentación de esta demanda.

TERCERA: Que TELECAFE debe pagar las costas del proceso."

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda por el actor son los siguientes:

2.1. Que TELECAFE LTDA. y GENTE MEDIOS LTDA. celebraron el contrato n°. 01 de 17 de abril de 1993 para la comercialización de espacios de televisión en el canal regional de TELECAFE LTDA., en el cual, CONFIANZA S.A. fue garante del contratista.

2.2. Que diversas circunstancias imprevistas unas y otras atribuibles a TELECAFE LTDA., determinaron el no cumplimiento del contrato por parte de GENTE Y MEDIOS LTDA., situación que derivó en una demanda contractual de esta sociedad contra TELECAFE LTDA., la cual cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y que CONFIANZA S.A. se subrogara en las obligaciones del contratista, mediante convenio suscrito el 22 de octubre de 1993, complementado el 27 de diciembre de 1993.

2.3. Que las partes acordaron someter el convenio de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993 a la normatividad de la Ley 80 de 1993 y señalaron expresamente que *“en caso de que las expectativas de las partes no puedan alcanzarse por circunstancias no imputables a ellas, podrán modificarse las estipulaciones contractuales de esta adición”*.

2.4. Que con posterioridad a la celebración del convenio TELECAFE-CONFIANZA, aquella no pudo poner a funcionar los equipos que permitieran una correcta y completa señal de televisión, sino hasta comienzos de marzo de 1994, por lo que se perdieron varios meses para la comercialización del canal, el *rating* de sintonía fue bajísimo y todas las expectativas de venta bajaron estruendosamente, tanto para CONFIANZA S.A. en los espacios contratados, como para TELECAFE LTDA. en sus espacios propios.

2.5. Que fue tan ruinoso la situación que se presentó para CONFIANZA S.A., que durante el año de 1994 tuvo que pagar a TELECAFE LTDA. una cantidad superior a seiscientos millones de pesos (\$600.000.000), de la cual sólo pudo recuperar menos de la mitad, pues el bajísimo *rating* de sintonía del canal no le permitió comercializar más de la mitad de los espacios contratados.

2.6. Que igual situación se le presentó a TELECAFE LTDA., la cual no pudo comercializar sus propios espacios y por tanto subsistió durante 1994 con los dineros que CONFIANZA S.A. sí tuvo que entregarle cumplidamente.

2.7. Que las circunstancias anotadas rompieron el equilibrio económico del contrato en contra de CONFIANZA S.A., a tal punto que a la presentación de la demanda, ésta había acumulado una pérdida superior a trescientos millones de pesos (\$300.000.000), que según la ley y la equidad, no está obligada a soportar.

3. Fundamentos de derecho

La actora citó como fundamentos jurídicos de la demanda los artículos 5, 4 – ordinales 3 y 8-, 25 –ordinales 13 y 14- y 27 de la Ley 80 de 1993; 868 y 871 del Código de Comercio; y 8 de la Ley 153 de 1887.

4. La oposición del demandado

Una vez notificada la demanda, en el escrito de contestación a la misma, TELECAFE LTDA. se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y manifestó no constarle algunos que deben ser probados por el actor.

Afirmó que no hubo ninguna circunstancia imprevista y que TELECAFE LTDA. cumplió a cabalidad sus obligaciones, mientras que la contratista GENTE Y MEDIOS LTDA. sí incumplió el contrato al no pagar ninguna de las cuotas a su

cargo debido a la falta de organización administrativa y financiera y por una pésima comercialización de los espacios contratados.

Aseveró que la contratista GENTE Y MEDIOS LTDA. desistió de la demanda que instauró en contra de TELECAFE LTDA.

Sostuvo que CONFIANZA S.A. sustituyó o subrogó a GENTE Y MEDIOS LTDA. en el contrato no en forma pura y simple, sino con el objeto de no incurrir en los costos de la garantía, buscando resarcirse con la cartera del garantizado, su organización, ventas y demás condiciones del contrato, mediante el manejo directo del mismo, obteniendo además la extensión en el tiempo de la adjudicación de espacios para desarrollar el contrato y percibir sus beneficios.

Puntualizó que no es cierto que las partes sometieron el convenio a la Ley 80 de 1993, pues éste se rige por las disposiciones legales vigentes aplicables al mismo.

Enfaticó que el canal se emitió sin complicaciones distintas a los aspectos técnicos a que se encuentra sometido, de manera que si la comercialización de los espacios contratados no cumplió con las expectativas del demandante, ello no se debió a la carencia de equipos, ni a la necesidad de comprar unos nuevos, sino a que tanto GENTE Y MEDIOS LTDA. como CONFIANZA no pudieron desarrollar una comercialización adecuada de los espacios, lo cual dependía enteramente de su organización de ventas.

Censuró que *“cuando la aseguradora asumió el cumplimiento del contrato, lo hizo precisamente por la inadecuada comercialización de GENTE Y MEDIOS LIMITADA y en vez de cambiar radicalmente la misma, mantuvo esta labor el contratante inicial, incurriendo en el mismo error de manejo del contrato”*.

Concluyó que la demandante realizó los pagos a que se había comprometido y su resarcimiento dependía de la correcta comercialización del contrato y que el

equilibrio económico del contrato se logró gracias al acuerdo de 22 de octubre de 1993, celebrado con el fin de que la aseguradora se sustituyera en el contrato y en el cual se le autorizaron importantes rebajas a lo adeudado y se le extendió por el año de 1994, en condiciones altamente favorables.

Formuló las excepciones que denominó “en el acuerdo de las partes que no solo cambió a la parte contratante sino que constituyó una revisión anticipada del contrato con restablecimiento económico”; “renuncia expresa que hizo la demandante CONFIANZA a los derechos de petición ejercidos y a la reestructuración o revisión del contrato objeto de esta demanda”; “ser el contrato objeto de la litis típicamente aleatorio y por consiguiente no permitir su esencia ningún tipo de restablecimiento del equilibrio económico”; no existencia de ningún hecho o circunstancia posterior a la celebración del contrato ajeno al demandante que haya alterado el equilibrio económico del contrato”.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto de 28 de agosto de 1995, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por la partes.

5.2. El 5 de junio de 1997 se llevó a cabo audiencia de conciliación, la cual resultó fallida.

5.3. En auto de 27 de junio de 1997, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Durante esta etapa intervino la parte actora insistiendo en la práctica de la prueba pericial solicitada en la demanda y el demandado reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.

6. La sentencia impugnada

Manifestó el Tribunal *a quo* que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar porque dentro del proceso no se demostró la existencia de hecho alguno que determinara el rompimiento del equilibrio económico del pacto celebrado entre TELECAFE LTDA. y la demandante CONFIANZA S.A. al asumir, ésta, en condiciones por cierto favorables, el contrato n°. 01 de 1993 celebrado con GENTE Y MEDIOS LTDA., sociedad que había incumplido en forma grave sus obligaciones contractuales.

Señaló que las afirmaciones relacionadas con circunstancias imprevistas y otras atribuibles a TELECAFE LTDA., no fueron demostradas y al contrario los elementos de juicio del proceso permiten deducir que GENTE Y MEDIOS LTDA. carecía de infraestructura administrativa y de ventas necesarias para llevar a cabo una política de ventas y gestión que le permitiera tener éxito en la comercialización de los espacios de televisión dando lugar a que se situara en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones y como CONFIANZA S.A., luego de asumir el contrato y obtener su prórroga en inmejorables condiciones, decidió confiar la comercialización de los espacios a la misma sociedad, debió tener resultados idénticos o por lo menos similares.

Agregó que la obligación de comercializar los espacios estuvo a cargo de las dos sociedades contratistas y si fallaron en sus proyecciones y análisis de mercado, su conducta imprevisiva e inexperta en ese campo sólo a ellas es atribuible de manera que si obtuvieron pérdidas en su cometido comercial, ello no puede ser fundamento de un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Finalmente, advirtió que si el desarrollo del contrato fue realmente ruinoso para CONFIANZA S.A., no se explica que pidiera una prórroga adicional buscando la posibilidad de pérdida.

7. El recurso de apelación

La demandante interpuso el 14 de abril de 1998, recurso de apelación contra la sentencia, el cual sustentó oportunamente en los siguientes términos:

Advirtió que el motivo de la acción era que el contrato celebrado entre CONFIANZA S.A. y TELECAFE S.A. se desequilibró en contra de ella, al punto que determinó una pérdida de aproximadamente trescientos millones de pesos (\$300.000.000).

Enfaticó que la acción de restablecimiento estaba pactada expresamente en la adición al contrato al señalarse en éste que en el caso de que las expectativas de las partes no pudieran alcanzarse por circunstancias no imputables a ellas, podrían modificarse las estipulaciones contractuales.

Subrayó que los hechos de la demanda sólo podían probarse con el dictamen pericial que fue decretado, pero esta prueba no se permitió que se practicara, pues a pesar de que CONFIANZA S.A. pagó lo de su cargo, TELECAFE de mala fe no lo hizo y alegó su propia culpa para realizar la solicitud de desistimiento de la misma a la cual accedió el Tribunal *a quo*.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no hubo culpa de su parte, presentó el dictamen que los peritos realizaron oportunamente y que no aceptó el Tribunal *a quo*, con el fin de que se decretara de oficio en la segunda instancia y no se dejara el proceso sin una prueba fundamental para la procedencia de su recurso.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. El recurso de apelación presentado fue admitido en auto de 18 de enero de 1999, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente.

8.2. En auto de 26 de marzo de 1999 se decidió tener como prueba el dictamen pericial decretado en la primera instancia y aportado en ésta por la apelante, dado que se consideró que el *a quo* incurrió en error al haber aceptado el desistimiento presentado por la demandada, cuando de conformidad con el artículo 186 del C. de P. Civil esa manifestación debe hacerse de manera conjunta al haberse pedido la prueba por ambas partes.

8.3. Mediante auto de 10 de marzo de 2000 se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la demandada contra la anterior providencia y se accedió a la petición de aclaraciones y complementaciones al dictamen elevada por ésta.

8.4. Una vez surtida la contradicción al dictamen pericial (traslado, solicitud de aclaración y complementación y presentación de objeción grave por la demandada), mediante providencia de 14 de junio de 2001, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

8.4.1. La parte demandada presentó escrito en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, de un lado, como lo anotó el juez *a quo*, no se demostraron las aseveraciones de la demanda y, de otro lado, siendo el dictamen pericial el principal acto procesal de esta instancia el mismo adolece de error grave, tal y como lo expuso en el escrito de objeción a este prueba. Adicionalmente, afirmó que los peritos no eran expertos en los temas relacionados con el manejo y comercialización de ondas electro magnéticas ni en televisión, de manera que no podían dar su criterio en torno a las materias bajo examen, lo cual torna inocuo su dictamen.

8.4.2. La parte demandante intervino para enfatizar que la prueba fundamental del proceso es el dictamen pericial, ya que en él se acreditan los supuestos de la pretensión y la pérdida experimentada como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato, que CONFIANZA S.A. no está obligada a soportar. Añadió que la ecuación financiera es una figura propia de los contratos estatales que opera en forma casi automática, sobre la base de la colaboración que prestan los contratistas al Estado y que en el caso concreto se había estipulado en el contrato por las partes.

9. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicita confirmar la sentencia impugnada, pues, luego de estudiar la cesión del contrato n°. 01 de 1993 y el clausulado de éste, considera que en el presente caso no era suficiente probar que la aseguradora CONFIANZA S.A. tuvo pérdidas en la ejecución del contrato y que las mismas fueran ocasionadas por la no comercialización de los espacios de televisión, sino que era requisito fundamental acreditar también que esa no comercialización se produjo por circunstancias atribuibles a la entidad contratante o al menos ajenas a la contratista, teniendo en cuenta que dicha actividad era su obligación de acuerdo con el objeto del contrato.

Por tanto, concluyó que en esas condiciones no se puede dar por acreditado el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sin que el dictamen pericial cambie esa perspectiva, toda vez que el mismo se refirió a las supuestas pérdidas sufridas, pero no permite inferir que estas hayan sucedido por razones ajenas al contratista o sean atribuibles a la entidad demandada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia del Tribunal *a quo*, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 1) competencia; 2) objetivo de la acción y motivo de la apelación; 3) el contrato de comercialización n° 01 de 1993, su naturaleza jurídica y régimen legal aplicable; 4) la nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales del contrato de comercialización 01 de 1993 y su declaratoria de oficio; 5) la cesión del contrato n°. 01 de 1993; y 6) la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Igualmente, cabe observar que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, atribuyó a partir de su vigencia competencia a esta jurisdicción para el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen de derecho que las cobije con la única condición, en materia contractual, de que la contratante sea una entidad pública, naturaleza que ostenta TELECAFE LTDA., en cuanto es una empresa industrial y comercial del Estado, tal y como se estudiará detenidamente más adelante.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de \$332.520.834.25 y la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda -13 de diciembre de 1994- era de \$9.610.000, lo cual comportaba que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado, circunstancia que no había variado para la fecha de presentación del recurso de apelación el 14 de abril de 1998, época para la cual la mayor cuantía era de \$18.850.000,oo.

2. Objetivo de la acción y motivo de la apelación

En la demanda se persigue el restablecimiento económico del convenio de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993, mediante el cual CONFIANZA S.A se subrogó, en su calidad de garante, en el Contrato n°. 01 de 17 de abril de 1993 celebrado entre TELECAFE LTDA. y GENTE Y MEDIOS LTDA., para la comercialización de espacios de televisión en el canal regional que opera la primera, por circunstancias imprevistas y actos atribuibles a la demandada.

La entidad pública demandada se opuso a las pretensiones y propuso excepciones, negando la existencia de cualquier circunstancia imprevista o la deficiencia en los equipos de transmisión y aduciendo que el contrato fue

incumplido inicialmente por la sociedad GENTE Y MEDIOS LTDA., y que si no se obtuvieron por la compañía aseguradora demandante los beneficios económicos esperados en la ejecución del contrato, en el que obró como subrogatoria de la contratista incumplida, se debió exclusivamente a la deficiente comercialización de los espacios de televisión, la cual dependía de su organización de ventas.

El Tribunal *a quo* desestimó las pretensiones de la demanda, porque no se demostraron las circunstancias posteriores a la celebración del contrato, ajenas y no imputables a la demandada que determinaran el rompimiento del equilibrio económico del mismo y, además, porque las pérdidas que se pudieron haber percibido por la demandante obedecen a su falta de previsión e inexperiencia en ese campo comercial.

En el recurso de apelación el actor estimó que el restablecimiento estaba pactado expresamente en la adición al contrato cuando no pudieran alcanzarse las expectativas de las partes por circunstancias no imputables a ellas, circunstancia que se prueba con el dictamen pericial.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se concreta en establecer si se presentó una alteración del equilibrio económico del convenio de 22 de octubre de 1993, complementado el 27 de diciembre de ese año, suscrito entre CONFIANZA S.A. y TELECAFE LTDA., mediante el cual la primera se subrogó en su calidad de garante en el Contrato n°. 01 de 17 de abril de 1993 celebrado por la segunda y GENTE Y MEDIOS LTDA.

En este contexto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previa verificación del marco jurídico que rige el contrato del *sub examine* y de los hechos probados en el proceso, de conformidad con los aspectos arriba enunciados que serán materia de análisis.

3. El contrato de comercialización n°. 01 de 1993, su naturaleza jurídica y régimen legal aplicable

3.1. El 17 de abril de 1993, TELECAFE LTDA. y la Sociedad GENTE Y MEDIOS LTDA. suscribieron el Contrato de Comercialización n.º 01, cuyo objeto (copia auténtica a fls. 19 a 22) fue:

“PRIMERA: OBJETO: El presente contrato tiene por objeto la comercialización de los espacios de televisión del Canal Regional denominado TELECAFE, que se emitirán a partir del 17 de abril al 31 de diciembre de 1993 en un horario de las 18:00 horas a las 22:00 horas lunes a viernes y de las 17:30 horas a las 22:00 horas sábado y domingo. PARÁGRAFO 1: La comercialización implica la inserción de mensajes publicitarios alusivos a bienes y servicios dentro de los programas, de acuerdo con las reglamentaciones que al respecto dicte el Gobierno Nacional. PARÁGRAFO 2: El informativo regional de TELECAFE que se pasa de lunes a viernes, de las 20:30 a las 20:36 horas, será comercializado por EL CONTRATISTA. PARÁGRAFO 3. Hace parte integrante del Contrato la cotización presentada por EL CONTRATISTA.”

Según la cláusula segunda el valor del contrato referente a la pauta publicitaria se pactó en \$415.304.000 y la forma de pago por parte del contratista en varios instalamentos mensuales: a) \$21.000.000 el día 15 de junio de 1993; b) \$23.663.000 el día 15 de julio de 1993; c) \$18.663.000 el 15 de agosto de 1993; d) \$58.663.000 el 15 de septiembre; e) \$58.663.000 el 15 de octubre de 1993; f) 58.663.000 el 15 de noviembre de 1993; g) \$58.663.000 el 15 de diciembre de 1993; y h) 58.663.000 el 15 de febrero de 1994; previo envío de la cuenta de cobro por el Contratante.

El contrato, de conformidad con la cláusula tercera, se celebró con una duración de 252 días a partir del 17 de abril de 1993 hasta el 31 de diciembre del mismo año y en la cláusula cuarta se estipuló el derecho de exclusividad del contratista para comercializar la pauta publicitaria en todo el territorio.

Las obligaciones asumidas por el contratista, de acuerdo con la cláusula séptima, fueron: a) pagar el precio en la forma pactada; b) realizar la labor de ventas; c) facturar la pauta; d) recaudar la cartera; e) proveer oportunamente las cuñas publicitarias ajustándose a la reglamentación expedida por el Comité Técnico de

Comerciales y Consejo Regional de Televisión. A su turno, según la cláusula octava, las obligaciones de la contratante, fueron: a) transmitir la pauta comercial de acuerdo al libreto comercial entregado por el contratista previo horario concertado por las partes; b) abstenerse de efectuar contrataciones directas o por interpuesta persona de la pauta publicitaria; c) emitir la programación concertadamente con el contratista.

En la cláusula décima primera, para garantizar el cumplimiento del contrato, se convino el otorgamiento por el contratista de una póliza de cumplimiento del contrato equivalente al 100% del valor del mismo, con una vigencia igual a su duración y dos meses más y de sus prórrogas si las hubiere.

Igualmente, se acordaron las cláusulas de programación, pauta publicitaria, reposición por fallas técnicas, la prohibición de cederlo sin la autorización previa y escrita de la contratante y la posibilidad de suspender temporalmente el contrato.

También se estipularon las cláusulas de multas, penal pecuniaria y caducidad, en los siguientes términos:

“DÉCIMA SEGUNDA. MULTAS. En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones estipuladas en este contrato que a juicio de EL CONTRATANTE no sea causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE podrá imponer multas a EL CONTRATISTA equivalentes como mínimo al uno por ciento (1%) y como máximo al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, por cada vez que estos hechos tengan ocurrencia. La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83”.

“DÉCIMA TERCERA. PENAL PECUNIARIA. En caso de declaratoria de caducidad o de que EL CONTRATISTA no cumpla con sus obligaciones contractuales en la forma y el tiempo establecida (sic) se sujetará a pagar a EL CONTRATANTE una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, (sic) podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL CONTRATISTA.

DÉCIMA CUARTA. CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: EL CONTRATANTE podrá declarar la caducidad administrativa cuando se presente alguna de las siguientes causales: a) La disolución de la persona jurídica Contratista. b) La incapacidad financiera de EL CONTRATISTA que se presume cuando se declara en quiebra. c) Si a juicio de EL CONTRATANTE del incumplimiento de las obligaciones de EL CONTRATISTA se derivan consecuencias que hacen imposible la ejecución del Contrato o se causen perjuicios a EL CONTRATANTE” (Subraya la Sala).

3.2. El mencionado contrato de comercialización de pauta publicitaria, celebrado por una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, está regido por las normas del derecho privado, conclusión a la cual se llega dada la naturaleza jurídica de la entidad contratante y de conformidad con lo dispuesto en las normas que rigen su actividad principal y de contratación.

En efecto, como arriba se anticipó, una de las partes del Contrato de Comercialización n.º 01 de 17 de abril de 1993 es TELECAFE LTDA., Empresa Industrial y Comercial del Estado⁴, del orden nacional, vinculada para ese entonces al Ministerio de Comunicaciones (actualmente a la Comisión Nacional de Televisión-en liquidación), que presta el servicio de televisión pública en los departamentos de Caldas, Risaralda y Quindío y otros departamentos en programas de carácter educativo, cultural, informativo y recreativo, en la frecuencia o frecuencias que le sean asignadas, mediante la operación y el control de la emisión, transmisión y programación de una cadena regional de televisión.

La Ley 14 de 1991⁵, por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial -vigente para la época del *sub lite*-, en su artículo 1 definió su naturaleza y al efecto estipuló:

⁴ Según el certificado de fecha 5 de febrero de 1995 expedido por la Cámara de Comercio de Manizales (fls. 15 a 18 cd. 2), fue constituida mediante escritura pública número 890 otorgada en la Notaría de Villamaría Caldas, el 6 de agosto de 1986, y luego reformada por escritura pública número 2065 del 29 de noviembre de 1990 bajo la denominación social “Sociedad Canal Regional de Televisión “TELECAFE LTDA.” Para aquella época figuraban como socios el Instituto Nacional de Radio y Televisión – Inravisión, el Departamento de Caldas, las Empresas Públicas de Manizales, el Departamento del Quindío, la Universidad del Quindío y el Departamento de Risaralda.

⁵ Posterior a esta normativa se expidió la Ley 182 de 1995, por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones,

“Artículo 10. Naturaleza Jurídica del Servicio. La televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión. Su explotación se podrá contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente Ley.”

A su turno el artículo 22 de la misma ley, definió la naturaleza jurídica de las organizaciones regionales de televisión, figura en la cual se reorganizaron los canales regionales⁶:

“Artículo 22. Definición y naturaleza jurídica. Las organizaciones regionales de televisión tendrán a su cargo la prestación del servicio público de televisión mediante la programación, administración y operación de un canal o cadena regional de televisión, en la frecuencia o las frecuencias adjudicadas por el Ministerio de Comunicaciones, sobre el área de cubrimiento autorizado en el acto de establecimiento de la respectiva organización, o posteriormente. La prestación del servicio regional de televisión se someterá a la presente Ley y a las normas concordantes.

Las organizaciones regionales de televisión son entidades asociativas de derecho público del orden nacional organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y constituidas mediante la asociación de Inravisión con entidades de derecho público de los diferentes órdenes territoriales debidamente autorizadas para el efecto.

modificando la naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión al enfatizar que se trata de un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del estado cuya prestación corresponderá por concesión a las entidades públicas, pero que no resulta aplicable en el caso concreto.

⁶ La creación de los canales regionales de televisión para los diversos departamentos y regiones del territorio colombiano, fue autorizada por el Decreto 3100 de 1984, con el objeto de cumplir una función preferentemente cultural, son sociedades que pertenecen al orden nacional, están sometidas al control de Inravisión y deben regirse por las disposiciones establecidas por la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado. En miras a su establecimiento se facultó a Inravisión para asociarse con entidades descentralizadas de los órdenes nacional, departamental, municipal, comisarial e intendencial. Debe resaltarse el hecho de que el Decreto 3100 de 1984, tanto en sus consideraciones como en su parte resolutive, fue muy claro al establecer que las cadenas o canales regionales de televisión que se constituyan, deberán cumplir una función preferencialmente cultural. Vid. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 15 de septiembre de 1986, C.P. Gonzalo Suárez Castañeda, radicación nº. 049.

El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones generales que deben reunir las regiones para el establecimiento de Organizaciones Regionales de Televisión. **PARAGRAFO.** Los canales regionales de televisión actualmente constituidos se reorganizarán en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adaptar su estructura, funcionamiento y régimen jurídico interno a las normas generales de esta ley y a las específicamente previstas en ella para las organizaciones regionales de televisión.⁷ (subraya la Sala).

Igualmente, el artículo 23 *ibídem* delimitó el objeto de las organizaciones regionales de televisión, en los siguientes términos:

“Artículo 23. Objeto de las organizaciones regionales de televisión. En desarrollo de su objeto corresponde a las organizaciones regionales de televisión:

a) Prestar directamente el servicio público de televisión, sin perjuicio del que Inravisión pueda prestar, dentro de los objetivos y fines de la presente Ley, programando, administrando y operando un canal o cadena regional de televisión.

b) Realizar programas de televisión de carácter preferentemente educativo, cultural y de promoción para el desarrollo integral de la comunidad;

c) Contratar la producción, coproducción o la cesión de los derechos de emisión de programas de televisión con personas públicas o privadas profesionalmente dedicadas a ello, para la elaboración de la programación regional.

La contratación de programas de televisión para la elaboración de la programación se hará mediante licitación en los términos de la presente

⁷ Es de anotar que el nombre, objeto, y funciones del Ministerio de Comunicaciones fueron redefinidos por los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 1341 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009, 'por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones'; y que según el Decreto 3550 de 2004, publicado en el Diario Oficial 45.715 de 28 de octubre de 2004, se suprimió el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión y se ordenó su disolución y liquidación. Luego los canales regionales se vincularon a la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Comunicaciones asumió la calidad de socio que detentaba Inravisión.

ley y las normas concordantes sobre la materia. En todo caso las organizaciones regionales de televisión se reservarán el control sobre los programas que en virtud de contrato produzcan o cedan los contratistas públicos o privados;

d) Emitir la señal de televisión por ella originada sobre el área de cubrimiento debidamente autorizada, en la frecuencia o las frecuencias asignadas y retransmitir la señal o las señales de Inravisión, en forma encadenada o no de acuerdo con las necesidades del Gobierno Nacional;

e) Prestar con carácter comercial, en régimen de libre y leal competencia, servicios de valor agregado y telemáticos, soportados por los servicios de televisión y de difusión a su cargo;

f) Emitir en forma encadenada con las demás organizaciones regionales de televisión programación regional, bajo la coordinación de Inravisión, dentro de los lineamientos de la presente Ley y los reglamentos que al respecto expida el Gobierno Nacional;

g) Coproducir con otras organizaciones regionales de televisión programas de televisión;

h) Prestar a otras empresas o personas, en forma remunerada, los servicios de estudios, de laboratorios de cinematografía, de grabación fonóptica y magnética y los demás servicios que la entidad esté en capacidad de ofrecer por razón de sus actividades;

i) Comercializar la programación emitida o ceder el derecho de comercializar los programas a los respectivos contratistas de televisión. La comercialización implica la inserción de mensajes publicitarios alusivos a bienes o servicios dentro de los programas, de acuerdo con las reglamentaciones que al respecto dicte el Gobierno Nacional;

j) Colaborar en la formulación de las políticas que para el sector de las telecomunicaciones defina y adopte el Gobierno Nacional;

k) Dictarse sus propios reglamentos de funcionamiento dentro de los lineamientos de la presente ley y de las regulaciones que adopte el Gobierno Nacional;

l) Realizar todas las operaciones lícitas para el desarrollo de su objeto directa o indirectamente, tales como producir, comprar, vender, tomar o dar en arrendamiento toda clase de bienes. Podrá igualmente adquirir derechos de autor;

m) Realizar los demás actos y contratos propios de su naturaleza y consecuentes con sus fines;

n) Prestar directamente o contratar el servicio de transmisión de señales de televisión en las diferentes modalidades tecnológicas, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”

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

3.3. Ahora bien, las empresas industriales y comerciales del Estado, categoría en la que se encuadra TELECAFE LTDA., fueron definidas por el artículo 6 del

Decreto 1050 de 1968⁸ como “*organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley*” y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

El Decreto 3130 de 1968⁹, norma vigente cuando se celebró el contrato del *sub lite*, consagraba en su artículo 31:

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

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

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

El sometimiento de estas entidades públicas a las normas del derecho privado, como lo señaló esta Sección en otras oportunidades¹⁰, se fundamenta en “*la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de*

⁸ Norma vigente para la época de celebración del contrato, posteriormente fue expresamente derogada por la Ley 489 de 1998.

⁹ El artículo 121 de la Ley 489 de 1998, derogó expresamente el Decreto 3130 de 1968.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, actor: Sociedad Tronix Ltda. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, exp. 13414.

desventaja frente a sus competidores”, de tal manera que “...sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes...”

Igualmente, para la época de celebración del contrato que dio lugar a este proceso, se encontraba vigente el Decreto Ley 222 de 1983, cuyo artículo 1 determinó el campo de aplicación de sus normas, estableciendo que “[a] las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades”. Así sucedía, además de las normas de ese estatuto relativas a los contratos de empréstito y de obras públicas, verbigracia, con la contenida en el artículo 169 *ejusdem*, que ordenaba a las entidades descentralizadas, y entre ellas a las empresas industriales y comerciales, obtener el concepto previo de la Presidencia de la República cuando fueran a celebrar contratos de prestación de servicios.

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

De otra parte, el Decreto Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de que hubiera contratos de derecho privado de la Administración en los que se incluyera la cláusula de caducidad (párrafo del artículo 17), pero, como lo advirtió la jurisprudencia, dicho Estatuto se refería a los contratos que clasificaban en esta

forma -de derecho privado- en su artículo 16 y que fueran celebrados por las entidades públicas que se hallaban sujetas a sus disposiciones, es decir, *“aquellas relacionadas en el campo de aplicación del Decreto 222, artículo 1, distintas de las empresas industriales y comerciales del Estado, a las cuales, se reitera, no se les aplicaban las normas del Decreto 222 de 1983; en consecuencia, estas disposiciones no podrían interpretarse como una facultad dada a tales entidades descentralizadas, para incluir en todos sus contratos la cláusula de caducidad”*¹¹ (subraya la Sala).

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

Cabe anotar que respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado autorizadas para prestar el servicio de televisión a nivel regional, la Ley 14 de 1991, en su artículo 42, dispuso que cuando éstas no lo realizaran directamente, podían celebrar contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción¹², para la elaboración de su programación, con personas naturales o jurídicas profesionalmente dedicadas a ello, los cuales se someterían al régimen de contratación administrativa del orden nacional que fuere pertinente.

En particular, la norma en cita ordenó la adjudicación de estos contratos, por regla general, mediante licitación pública y los catalogó como administrativos, razón por

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, actor: Sociedad Tronix Ltda. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, exp. 13414.

¹² Definidos en la citada norma así: “1. Mediante el contrato de producción la organización regional de televisión encarga a una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará productor, la realización de uno o varios programas de televisión por cuenta y riesgo de éste. La propiedad de los programas así contratados será exclusiva de la organización regional de televisión./ 2. Mediante el contrato de coproducción se acuerda la realización conjunta, en proporciones pactadas, de uno o varios programas de televisión entre la organización regional de televisión y una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará coproductor. La participación de la organización regional de televisión en la realización del programa no puede limitarse a la simple emisión del mismo. La prioridad de los programas así realizados será conjunta de la organización regional de televisión y del Contratista en la misma proporción de su respectiva participación en la realización./3. Mediante el contrato de cesión de derechos de emisión la Organización Regional de Televisión adquiere el derecho a emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará cedente de derechos de emisión, sin que se radique en cabeza de la Organización Regional de Televisión la propiedad de los programas así contratados”.

la cual debían pactarse las cláusulas obligatorias consagradas en el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983, de manera que estarían sometidos a los principios de modificación, interpretación y terminación unilateral por parte de la administración, así como a la facultad de ésta para imponer multas y la suspensión del contrato en caso de incumplimiento de las condiciones de contratación o violación de los reglamentos de programación, que a juicio de la entidad no ameritaran la declaratoria de caducidad. No obstante, la Ley 14 de 1991 guardó silencio respecto de los contratos de comercialización de espacios de televisión¹³ que celebraran las organizaciones regionales de televisión con empresas especializadas, cuando no se hubiese cedido este derecho a los respectivos contratistas de programas de televisión¹⁴.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el negocio jurídico sobre el cual versa el litigio en examen fue celebrado por una empresa industrial y comercial de nivel nacional, TELECAFE LTDA., y no corresponde a ninguno de los enunciados en el Decreto Ley 222 de 1983 (contratos de empréstito y de obras públicas) o a los referidos expresamente para las organizaciones regionales de televisión (contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción), es claro que no es un contrato administrativo y, en consecuencia, está sometido a los principios y reglas del derecho privado, normativa que, en principio, no contempla como cláusula “usual” la caducidad del contrato, ni tampoco cláusulas de imposición directa de sanciones por una de las partes (multas y cláusula penal), después de declarar el incumplimiento de su cocontratante.

4. La nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales del contrato de comercialización n°. 01 de 1993 y su declaratoria de oficio

¹³ La comercialización es una actividad conexas en el servicio, tendiente a garantizar la emisión de publicidad a través de los canales de televisión e implica la inserción de mensajes publicitarios alusivos a bienes o servicios dentro de los programas, de acuerdo con las reglamentaciones correspondientes.

¹⁴ El artículo 42 de la Ley 14 de 1991, en los numerales 5 y 10, reguló esa posibilidad así: “5. Los contratistas de programas de televisión tendrán el derecho de comercializar los programas adjudicados, por el cual deberán pagarle a la Organización Regional de Televisión la tarifa que ésta fije, la cual dependerá de la clasificación del horario de emisión y del origen del programa, entre otros aspectos. (...) 10. El valor de los contratos será el resultado de aplicar las tarifas establecidas para los programas adjudicados a cada contratista, más un valor estimado por los servicios auxiliares que pueda utilizar. El valor de las tarifas del derecho de comercialización deberá incluirse en los pliegos de condiciones. Igualmente, deberán indicarse las reglas conforme podrán modificarse esas tarifas a lo largo de la ejecución del contrato.”

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, la controversia que se suscita con ocasión del Contrato de Comercialización n°. 01 de 1993 se dirime por las reglas del derecho privado y, por tal motivo, las partes del contrato se encontraban en igualdad o paridad de condiciones, sin que pudieran pactarse las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, esto es, la caducidad del contrato, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria en forma unilateral, la renuncia a reclamación diplomática y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, según el Decreto 222 de 1983, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis, dado que resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado y le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.

Sin embargo, repara la Sala que en el citado contrato de comercialización se incluyeron facultades contempladas por el régimen legal para los contratos administrativos sometidos a las normas de derecho público del Decreto Ley 222 de 1983 y, excepcionalmente, para contratos de derecho privado siempre y cuando fueran celebrados por las entidades sometidas a dicho estatuto, como son las cláusulas de caducidad del contrato y la de imposición directa y unilateralmente por una de las partes (entidad estatal contratante) de multas y de la cláusula penal.

Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales¹⁵. Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado

¹⁵ Sentencia del 19 de agosto de 2004 citada: "cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento."

para la fecha del contrato origen de esta controversia y cuyas normas, en principio, *“...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada”*¹⁶.

Dicho de otro modo, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la Administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal¹⁷, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991.

Sobre el particular, conviene traer a colación el criterio expuesto por la Sección en el sentido de que resulta nula por objeto ilícito la cláusula que se incluye en un contrato sometido al derecho privado cuando comporta un poder exorbitante no autorizado, dada la violación de las normas imperativas y de orden público que establecen las competencias de la Administración:

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Son sanciones que no son extrañas a los contratos del derecho privado, dado que en ese régimen las partes pueden legalmente pactarlas, pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, **que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.**

“(…)

Y al respecto, observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes [derecho privado] y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, **no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D’Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las partes del mismo, para declararla oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala...**”¹⁸ (negrilla ajena al texto original).

De manera que, siguiendo la tesis de la jurisprudencia transcrita¹⁹, es válido afirmar que de acuerdo el régimen privado que rige la actividad de las empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la prestación del servicio de televisión a nivel regional, cláusulas exorbitantes contenidas en contratos como el que ocupa la atención de la Sala -comercialización de pauta publicitaria- están viciadas de ilegalidad, por violación de normas imperativas y de orden público²⁰ y falta de disposición o de competencia, pues se trata de una materia que “...es del

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ Ver en sentido similar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 18.496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ La Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la naturaleza de orden público de las normas que regulan la contratación de las entidades estatales. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de agosto de 2002, exp. 21041, actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P.

*resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables...*²¹

Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6²², 121²³ y 122²⁴ superiores, preceptos de orden público e imperativos y en tal virtud, de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288.

²² C.P. ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

²³ C.P: "ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley."

²⁴ C.P: "ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento..."

Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas décima segunda -multas-, décima tercera –penal pecuniaria- y décima cuarta –caducidad administrativa- del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas, en tratándose de las multas y la cláusula penal pecuniaria, en el aparte relacionado con la facultad de imposición unilateral por la administración y en cuanto a la facultad de declaratoria de caducidad, se declarará totalmente nula..

En efecto, el artículo 16 advierte que “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”; el artículo 1519 dispone que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”, y el artículo 1741 *ibídem*, establece que constituye nulidad absoluta “[l]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita...”.

Así mismo, el artículo 899 del Código Comercio establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa o cuando tenga objeto o causa ilícitos; a su vez, el artículo 902 del mismo ordenamiento, preceptúa que “[l]a nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) señala que el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. En concordancia con esta norma, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, prescribe que “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”.

Es conveniente resaltar que las previsiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con él cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.).

Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma parcial del Contrato n°. 01 de 1993 en relación con las cláusulas décima segunda -multas- en las expresiones *“que a juicio de EL CONTRATANTE no sea causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE”* y *“La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83”*; décima tercera -penal pecuniaria- en las expresiones *“de declaratoria de caducidad o”* y *“podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL CONTRATISTA”*, que comportan su ejercicio en forma directa y unilateral y no por parte del juez como debe ser en este tipo de contratos; y toda la décima cuarta -caducidad administrativa-, en los términos indicados atrás.

5. La cesión del contrato de comercialización 01 de 1993

Según las pretensiones de la demanda la controversia tiene origen en el Acta suscrita el 22 de octubre de 1993 por los representantes legales de TELECAFE LTDA., GENTE Y MEDIOS LTDA. y CONFIANZA S.A. (copia auténtica a fls. 2 a 4

cd. pruebas), mediante la cual se acordó la cesión a esta última del Contrato de Comercialización n°. 01 de 1993, celebrado entre las dos primeras sociedades, así:

“Que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘CONFIANZA’ asume el contrato 01 de 17 de abril de 1993; en tal forma que GENTE Y MEDIOS LTDA., cede los derechos y obligaciones sobre el mismo a favor de la Aseguradora. Esta asunción del Contrato se da en razón de la incapacidad financiera de GENTE Y MEDIOS LTDA. para salir al pago de las cuotas de capital de dicho contrato que se encuentran a la fecha insolutas.”

Los artículos 887 a 896 del Código de Comercio regulan la cesión del contrato, figura que no se encuentra contemplada en el Código Civil, en tanto en este se consagra la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.). En efecto, de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados *intuitu personae*, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.

La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito -como ocurrió en el *sub lite*- y en este último caso dando cumplimiento a las formalidades legales exigidas para el contrato cedido (art. 894). La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula “a la orden” u otra equivalente, en el que sólo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 art. 888 C. Co.).

Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir,

los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.).

De conformidad con el documento y marco jurídico anterior, se deduce que CONFIANZA S.A. en su calidad de garante del cumplimiento de la sociedad GENTE Y MEDIOS LTDA. del contrato celebrado con TELECAFE LTDA., ante el incumplimiento de la asegurada de los pagos acordados y su incapacidad financiera para atenderlos, aceptó como solución o arreglo a la situación presentada y con el fin de evitar la declaratoria de caducidad del contrato, la cesión del mismo para pagar las cuotas debidas y continuar con el objeto contractual, tomando desde el 22 de octubre de 1993 la posición jurídica del contratante primigenio. Lo anterior se confirma con el oficio de 18 de agosto de 1993, enviado previamente por CONFIANZA S.A. a TELECAFE LTDA., a través del cual le manifiesta la necesidad de un plazo para analizar la propuesta referente a su participación directa en el contrato “...en aras de evitar la caducidad del contrato...” (original a fl. 25 cd. 2 pruebas).

De los principales términos del acta de cesión, se desprende lo siguiente:

a).- Como CONFIANZA S.A. asumió el contrato, se pactó una nueva forma de pago de las cuotas insolutas, que a esa fecha ascienden a la suma de \$180.652.000 más el valor de “VTR” (“*video tape record*”) y de codificación de \$18.697.000,00, para un total de \$199.349.000 de saldo insoluto del contrato, que se pagarían en cuotas iguales mensuales, girando igual número de cheques.

b).- El saldo insoluto a la fecha por la suma de \$180.652.000,00 se abona con la suma de \$15.196.4000,00 que TELECAFE LTDA. reclama en el concordato de la Sociedad WINCHED S.A. y con la suma de \$15.000.000, 00 pagados en cheque por la Sociedad CARRILLO Y PUBLICIDAD. En consecuencia, el saldo insoluto, asciende a la suma de \$150.455.600.

c).- TELECAFÉ LTDA. con el fin de restituir el equilibrio económico en lo que hace relación con las cuotas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1993, y enero y febrero de 1994, que ascendían a \$234.652.000.00, aplicaría una disminución del 50%, equivalente a \$117.326.000, quedando modificado el contrato en un valor total de \$267.781.600,00 además del "VTR" y la codificación que sería el valor facturado por TELECAFE LTDA. y se pagaría a la presentación de las facturas.

d).- De conformidad con la modificación anterior, en cuanto al valor final del contrato, excluido el "VTR" y la codificación, se determinó como suma a cargo de CONFIANZA S.A. \$267.781.600, que corresponde a la ejecución y cumplimiento de la totalidad del contrato.

d).- En consecuencia, se pactaron nuevas fechas y plazos para el pago de los saldos insolutos del contrato, o sea, \$169.152.600, así: \$30.000.000 al momento de ser aprobada la solución propuesta y 12 cuotas mensuales iguales por el saldo, cada una de \$12.596.050,00 pagaderas en 12 cheques, con vencimiento el último día de los meses de enero a diciembre de 1994; y el saldo restante, por \$117.326.000, así: once cuotas mensuales iguales de \$9.777.167,00 y una de \$9.777.163,00, para un total de doce cuotas, pagaderas a partir del 1 de abril de 1994 y hasta el primero de marzo de 1995, valores todos estos que se generarían y pagarían a futuro en los períodos indicados.

e).- GENTE Y MEDIOS LTDA. y CONFIANZA S.A. (cedente y cesionario de la posición de contratista) se comprometieron a retirar cualquier solicitud sobre derechos de petición y renunciaron a solicitar la revisión o reestructuración del contrato.

f).- Se acordó proponer a la Junta Directiva de TELECAFE LTDA. la ampliación del Contrato n°. 01 de 1993, con nuevas condiciones sobre comercialización respecto de horarios, tiempo de comercialización, costas y condiciones contractuales.

Así mismo, en el documento de cesión se acordaron cláusulas vinculantes entre CONFIANZA S.A. y GENTE MEDIOS LTDA. para que ésta empleara todos los mecanismos a su alcance con el fin de que la primera recaudara toda la facturación existente a esa fecha y pudiera facturar las ventas proyectadas según propuesta de 22 de octubre de 1993.

De otro lado, en cumplimiento de la cesión, se suscribió entre CONFIANZA S.A. y TELECAFE LTDA. el convenio de 27 de diciembre de 1993 (copia auténtica fls. 6 y 7 cd. pruebas). En él se pactó la ampliación del Contrato n°. 01 de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994, con las siguientes modificaciones: (i) se fijó en 6 el máximo de minutos para comercializar por cada media hora de franja con un valor minuto de \$17.500.00, entendiéndose que la franja se pagaría en su totalidad, independientemente que se comercializara o no; (ii) se determinaron los horarios y franjas que comercializaría CONFIANZA S.A. para una cantidad de minutos comercializables por año de 5.316, que al precio pactado arrojaban un valor total de \$93.030.000.00; (iii) se dispuso que el "VTR" y la codificación se seguirían liquidando conforme al Contrato n°. 01 de 1993; (iv) se acordó que el valor de la ampliación del contrato se liquidaría mensualmente en doce cuotas de \$7.735.000,00 que CONFIANZA cancelararía a TELECAFE LTDA. a partir del mes de enero y hasta diciembre de 1994; (v) se estipuló que la venta al público del minuto no podría ser inferior a \$100.000,00; (vi) se indicó que en caso de que las expectativas de las partes no se alcanzaran por circunstancias no imputables a ellas podían modificarse las estipulaciones de la ampliación, e incluso darla por terminada; y (vi) finalmente se señaló que se acogía el convenio a la Ley 80 de 1993, sobre contratación, punto este que de entrada no era posible prever, no sólo porque a los contratos -y sus adiciones- se les aplica la ley vigente al momento de su celebración (art. 38 Ley 153 de 1887), sino porque la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, en la mayoría de sus disposiciones entró a regir el 1 de enero de 1994²⁵, esto es, después de la suscripción del citado convenio el 27 de diciembre de 1993.

²⁵ A este respecto, conviene recordar lo prescrito en el inciso segundo del artículo 81 de esta ley, en virtud del cual, a partir de su promulgación, la cual tuvo lugar el 28 de octubre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.094, entraron a regir varias de sus normas relacionadas -entre otras materias- con el contrato de concesión, la fiducia pública, el encargo fiduciario y los servicios y actividades relacionadas con telecomunicaciones; pero, a su vez, el inciso tercero de esta última norma, estableció que las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, entrarían a regir el 1º de enero de 1994, salvo las disposiciones relativas a registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciaría un año después de la promulgación de esta ley.

Como puede apreciarse, la finalidad de la cesión del contrato a favor de CONFIANZA S.A., por virtud de la cual se obligó a continuar con la ejecución del contrato, fue hacer efectiva mediante esta fórmula la garantía de cumplimiento por ella expedida frente al incumplimiento del contratista de su obligación de pago, en vez de hacerla a través del pago de una suma de dinero, opción que contempla el artículo 1110 del Código de Comercio²⁶, pero que implicó la asunción de las obligaciones, derechos, riesgos y vicisitudes que se presentaran para poder lograr la observancia de la prestación que quedó a su cargo²⁷.

Igualmente, teniendo en cuenta que la aseguradora CONFIANZA S.A. se comprometió a ejecutar el contrato de comercialización de pautas publicitarias asumiendo la posición de parte que ostentaba GENTE Y MEDIOS LTDA., se observa que se realizaron modificaciones de carácter económico al Contrato n°. 01 de 1993, con el objetivo de restituir el equilibrio económico del mismo, las cuales representaron una rebaja en relación con el precio inicial que debía pagar el contratista -disminución del 50% de las cuotas mensuales desde noviembre de 1993 hasta febrero de 1994- y también que se hizo una ampliación en tiempo para la ejecución del contrato -por un año-, según consta en el documento de cesión de 22 de octubre de 1993 y el convenio de 27 de diciembre del mismo año.

6. La pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato

6.1. La demandante afirma que el equilibrio económico del contrato cedido se afectó porque no le fue posible comercializar los espacios del canal regional contratados, debido a circunstancias imputables a la entidad demandada y a problemas de orden técnico que impidieron una correcta señal de televisión y produjeron un bajo rating de sintonía, que frustraron las expectativas de ventas y

²⁶ C.Co. "ARTÍCULO 1110. FORMA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN. La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador."

²⁷ "Si la aseguradora opta por dicha alternativa, para lo cual goza de un prudente tiempo para definir, se tiene que suponer que lo ha hecho luego de serios análisis que la llevaron a escoger esta posibilidad, y a todas luces por encontrarla sustancialmente menos gravosa que la de pagar en dinero, pues de otra forma no se explicaría que asumiera todo ese conjunto de cargas adicionales que implica esta forma de indemnizar reparando". Cfr. López, Blanco, Hernán Fabio, Contrato de Seguros, Ed. Dupré Editores, 3ª edición, 1999, pág. 73.

le ocasionaron pérdidas superiores a \$300.000.000, que no está obligada a soportar.

6.2. En las hipótesis de contratos bilaterales o sinalagmáticos, esto es, con prestaciones correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, surge una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y de equilibrio prestacional.

Según explica Ariño²⁸, el equilibrio o equivalencia de prestaciones en el contrato puede tener un doble significado: primero el equilibrio material u objetivo que hace relación a la valoración económica de las prestaciones a que quedan obligadas las partes y cuyo respeto se funda en el principio de la justicia conmutativa; o, segundo, el equilibrio subjetivo o formal que hace relación al valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, estimada en una medida determinada y respetada en virtud de la autonomía de la voluntad.

Desde épocas históricas anteriores a la codificación, siempre ha existido, en la teoría general del derecho *ius naturalista*, la aspiración al equilibrio material u objetivo mediante el justo precio (herencia de la moral cristiana y del derecho canónico) y, por ello, se admitía la rescisión del contrato por lesión del sexto (15%) y más tarde *ultra dimidium* (50%).²⁹ Sin embargo, el postulado de la “libertad de pactos”, inspirado en el pensamiento liberal económico posterior al Código de Napoleón (cuyos exponentes insignes fueron, entre otros, Adam Smith y Jeremías Bentham), limitó la corriente objetiva del “precio justo”, en el entendido de que lo importante es la apreciación subjetiva que cada parte de la relación contractual tenga de su propio interés, según esa utilidad marginal decreciente de los bienes³⁰, por cuanto “...sólo cada una de las partes del contrato sabe lo que le interesa y, si hay libertad, no existe error ni engaño y se presta el consentimiento, eso es lo justo (...). Detrás de estos criterios, estaba patente el deseo de facilitar las transmisiones de bienes (la riqueza de las naciones) y, en general, la defensa del liberalismo económico. El Código Francés

²⁸ Ariño, Ortiz Gaspar, El equilibrio financiero en el contrato administrativo, en Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal, Uniandes, 2007, págs. 61 a 62.

²⁹ López Jacoiste, J.J. (2001), sobre la aporía de la equivalencia contractual en el libro homenaje a Federico de Castro, Pág. 482, citado por Ariño, Ortiz Gaspar en el estudio antes mencionado, pág. 61.

³⁰ Esto es el grado de satisfacción experimentado al acceder a un bien o servicio.

*admitió todavía la acción rescisoria de forma restrictiva, pues en el artículo 1654 se configuró la lesión de más de siete doceavas partes del precio como vicio del contrato, no como atentado a la equivalencia, sino como presunción del consentimiento viciado por violencia o dolo.*³¹

En nuestro régimen jurídico continental de derecho privado, siguiendo de cerca este desarrollo, el contrato se fundamentó en el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad negocial y la ley contractual (*lex contractus, pacta sunt servanda*), regido bajo una equivalencia prestacional subjetiva para facilitar el tráfico patrimonial, la cual debe ser respetada, siempre que no contraríe las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.³²

Esto significa que, en el derecho privado, por regla general, la voluntad libremente expresada comporta que ante posibles desequilibrios en el valor real de las prestaciones, tanto al tiempo de celebrarse el contrato como en los momentos subsiguientes a su nacimiento, se esté en todo caso a lo convenido; es decir, los riesgos y vicisitudes del negocio, en principio, son asumidos por las partes en los términos inicialmente previstos porque el contrato es ley para ellas, situación que sólo puede ser variada o modificada por un nuevo acuerdo entre las mismas, o en aquellos casos en que expresamente el derecho común lo autorice o se determine la necesidad de la intervención estatal. Por ejemplo, para sancionar vicios de la voluntad (error, fuerza, dolo) o situaciones irregulares objetivas (lesión enorme)³³, o para evitar abusos de las condiciones de superioridad de una de las partes o hacer prevalecer intereses de la economía general (regulación oficial de precios de ciertos bienes y servicios), o excepcionalmente por hechos imprevistos e irresistibles que tornen en forma

³¹ Ariño, Ortiz Gaspar, ob cit. pág. 62.

³² Así, repárese que de conformidad con los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil colombiano, el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente; oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, y a su vez, conmutativo si cada parte se obliga a una prestación de dar o hacer que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, es decir, se establece una simetría o equivalencia subjetiva prestacional.

³³ Por razones de equidad, justicia y armonía social, la legislación civil establece cuando el negocio jurídico está viciado de lesión enorme, entendida esta figura como un daño o detrimento como consecuencia de la realización de una conducta que vincula a una de las partes en condiciones de grave desequilibrio o desproporción prestacional y que, por lo mismo, es susceptible de rescisión mediante una acción cuya titularidad se reconoce al perjudicado. La lesión se presenta como una circunstancia objetiva, esto es, ajena a razones subjetivas o vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) y no está consagrada en el derecho privado en forma general para todos los contratos o negocios jurídicos, sino únicamente para algunos de ellos: aceptación de la herencia -art. 1291 C.C.-; partición de la herencia -1405-; cláusula penal -art. 1605 C.C.-; compraventa de bienes inmuebles -art. 1946 C.C.-; permuta de bienes inmuebles -art. 1958-; intereses de mutuo -art. 2231 C.C.-; hipoteca -art. 2455 C.C.-; y contrato de anticresis -art. 2466 C.C.-.

grave y onerosa el cumplimiento del contrato (teoría de la imprevisión, art. 868 C. Co.).³⁴

La tensión entre las corrientes de la equivalencia material u objetiva de las prestaciones y la equivalencia subjetiva o formal, y toda la discusión en torno a las mismas no es ajena a la contratación de la administración pública.

En el derecho público, a contrariedad de la filosofía del derecho privado, con fundamento en el interés general y la posición de colaborador que tiene el contratista respecto de las entidades públicas en el logro de los fines del Estado, se ha desarrollado con amplitud el principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, con el cual se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

El principio del equilibrio financiero del contrato en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar -objetiva-, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*³⁵, ha manifestado que ante la ruptura

³⁴ Cuyo desarrollo obedeció a las graves alteraciones del mercado de bienes y servicios después de las guerras mundiales en el siglo XX., perturbaciones económicas y sociales no previstas ante las cuales tuvo que ceder el principio *pacta sunt servanda* en los contratos por razones de equidad y justicia.

³⁵ *Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*: los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependen de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes- surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico.

del equilibrio económico del contrato estatal, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias posteriores, ajenas extraordinarias e imprevisibles que trastorquen o alteren en forma grave la economía del contrato.

En consecuencia, en el derecho público la concepción y régimen jurídico del contrato celebrado por la Administración tiene propósitos y en veces soluciones diferentes a las previstas para el celebrado entre particulares bajo el régimen civil o mercantil.

6.3. En el caso concreto, la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato de comercialización, ya se señaló, se dirime por las reglas del derecho privado y por tal motivo los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato.

No obstante, una de las excepciones en las que se puede aplicar el principio *rebus sic stantibus* en el derecho privado, como se anotó, es la denominada teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, que citó la sociedad actora en su demanda y a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 868. [REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS]. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

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

De acuerdo con la norma transcrita del estatuto mercantil, la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia³⁶, los elementos que estructuran esta teoría son:

- a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea;
- b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto;
- c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y
- d) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes.

En consecuencia, se concluye que la reclamación del *sub examine* se debe estudiar y analizar a la luz de los presupuestos de configuración que fundamentan

³⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, 455; 23 de febrero de 25 de febrero de 1937, XLIV, 613 a 623, y 23 de mayo de 1938, M.P. Arturo Tapias Pilonieta, XLVI, 523.

la teoría de la imprevisión, establecidos en la disposición mercantil antes reproducida.

6.4. Ahora bien, la demandante en el recurso de apelación insistió que las pretensiones de la demanda se probaban con el dictamen pericial rendido dentro del proceso y cuyo debate y contradicción se surtió en esta instancia. En efecto, la parte actora solicitó dictamen pericial (fl. 4 cd. ppal.) y la demandada a su vez pidió que el mismo fuera realizado por expertos en economía (fl. 41 *ídem*). El tribunal *a quo* (fl. 45) decretó la prueba en los términos solicitados por las partes, pero por manifestación de la demandada respecto de la falta de pago de los honorarios del perito a su cargo (fl. 58 *ídem*), entendió que había operado el desistimiento de la prueba, cuando de conformidad con el artículo 186 del C. de P. Civil esa manifestación debió hacerse de manera conjunta, pues ambas partes la habían solicitado, situación que fue corregida en esta instancia en auto de 26 de marzo de 1999, en el que se decidió tener como prueba el dictamen pericial, providencia confirmada en auto de 10 de marzo de 2000.

El dictamen fue rendido con corte al mes de febrero de 1996 por un contador y un economista calculista actuarial (fls. 130 a 169 cd. ppal.), quienes, en resumen, con fundamento en documentos contables (comprobantes y registros) absolvieron el cuestionario formulado por CONFIANZA S.A., así:

(i).- En los meses de enero a diciembre de 1994, con ocasión de la asunción del contrato, CONFIANZA S.A. canceló a TELECAFE LTDA. la suma de \$140.826.798, que comprende el valor total de comercialización más un 30% de comisión en franja de la segunda.

(ii).- Los ingresos operacionales recaudados por TELECAFE LTDA por concepto de espacios de televisión del canal regional durante los años de 1993 y 1994, fueron de \$637.794.093,99 y \$469.732.072,81, respectivamente.

(iii).- La posibilidad de comercialización de TELECAFE LTDA. de los espacios de televisión en 1994, según el presupuesto de ingresos operativos para 1994, era de \$912.839.000, al no recaudarse esa suma estimada (ingresos operacionales) en el presupuesto de 1994, implicó que los supuestos ingresos esperados sobre la base de la comercialización de derechos de transmisiones en directo, vtr, codificaciones, programas y otros no se ajustaron a lo previsto, durante el transcurso del año de 1994.

(iv).- El 17 de octubre de 1992, inició actividades TELECAFE LTDA., con los obvios ajustes técnicos, de comercialización y cubrimiento, sin que se pudiera determinar una fecha cierta de operación con cobertura completa.

(v).- La pérdida total de CONFIANZA S.A. con ocasión del convenio celebrado con TELECAFE LTDA. a la fecha del dictamen ascendió a la suma de \$314.247.631, la cual se divide en: a) por la pérdida por menores recaudos \$168.189.763, resultado de la diferencia entre lo dejado de recaudar en 1994 y lo que recibió la demandante; y b) por exceso en pago a TELECAFE LTDA. \$146.057.868, resultado de la diferencia entre el total de pagos hechos por CONFIANZA S.A. menos lo recaudado por la primera, cifras ambas actualizadas y que contemplan el interés técnico.

Solicitada por la demandada aclaraciones y complementaciones al dictamen (fls. 190 a 198 cd. ppal.), los peritos procedieron a responder que las cifras en materia de pagos fueron tomadas de las facturas que constituyen soportes contables; que los conceptos y cifras fueron tomadas de los estados de ingresos y egresos comparativos 1993-1994 de TELECAFE LTDA. donde se observó un decrecimiento del 35.78% en los ingresos operativos entre esos dos años; que el presupuesto de venta de servicios es un pronóstico dentro del desarrollo operativo a corto plazo, logro alcanzable siempre que no medien situaciones imprevisibles o de fuerza mayor; que no pudieron determinar una fecha cierta de operación con cobertura completa, aunque en la ciudad de Manizales, donde estuvieron investigando para rendir el dictamen, tenía cobertura la señal; que los perjuicios por ellos calculados corresponden al daño emergente, por las pérdidas que sufrió el contratista por exceso en el pago, y al lucro cesante, por lo que dejó de percibir

ante el no cumplimiento de las metas presupuestales en el rubro de venta de servicios de TELECAFE LTDA., actualizados y con interés según la jurisprudencia, conceptos y metodología que al volver a aplicarla arrojaba: a) por pérdida por menores recaudos \$168.185.967, y b) por exceso en el pago a TELECAFE LTDA. \$146.254.403, para un total de pérdida de \$314.440.370.

Realizado el traslado del informe anterior, el demandado objetó por error grave el dictamen, al considerar que: (i) los peritos cometen un yerro al tomar la cláusula sexta del convenio contractual, en forma desligada del contrato y totalmente de la demanda para deducir que existe un presupuesto de ventas de \$912.839.000,00 sobre el cual debe calcularse una comisión del 30%, presupuesto que no es fundamento técnico ni contable sino una herramienta de control financiero y administrativo, soportada en un 100% en especulación; (ii) el dictamen toma un gran total de pagos a octubre de 1994, sin especificar la ejecución contractual, la deuda que asumió la aseguradora, las facultades accesorias para comercializar ni los períodos, pero sí se comparan sin técnica alguna contra los ingresos operativos de TELECAFE LTDA.; (iii) en el dictamen se distorsiona el proceso al pretender que el daño emergente surge del no cumplimiento de un presupuesto, cuando la demanda lo hace consistir en circunstancias posteriores a los convenios de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993; (iv) los peritos no indagaron las pérdidas en los estados financieros de CONFIANZA S.A.; (v) las aclaraciones y complementaciones no fueron atendidas apropiadamente por los peritos, quienes además no son técnicos en asuntos de comunicaciones, no conocieron la operación del canal, no vivieron en su zona de influencia y por lo mismo no estaban en capacidad de resolver varios puntos del cuestionario; y (vi) se olvida que la vinculación de CONFIANZA S.A. tiene dos etapas: la primera en la que asume el valor de la realización del riesgo asegurado -pago del siniestro ante el incumplimiento del contratista GENTE Y MEDIOS LTDA.- y la segunda en la que se estructura una relación comercial después de múltiples rebajas realizadas.

Para la Sala prosperara la objeción de error grave formulada por la demandada contra el dictamen pericial, según se pasa a explicar.

En ejercicio del derecho de contradicción y defensa frente a esta prueba, pueden las partes objetar el dictamen por error grave “(...) *que haya sido determinante de*

las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”, caso en el cual, podrán pedir pruebas para su demostración, debiendo el juez resolverla en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el respectivo dictamen, en los términos del artículo 238 del C. de P. Civil.

El error grave, al cual se refiere la norma, según lo ha indicado la jurisprudencia, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado³⁷. Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Sección:

“[C]onstituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que “(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)”³⁸, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: «... *si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o*

³⁷ “El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁸ [16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, auto 25 de septiembre de 1939.

sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»³⁹⁴⁰.

Al aplicar las anteriores consideraciones al dictamen pericial que fue objetado, se advierte la existencia del error grave alegado por la parte demandada. En efecto, al contrastar el medio de prueba con el asunto u objeto del proceso para puntualizar el mérito y eficacia que respecto de la demostración del hecho que concierne a la misma le corresponda, en este caso, la supuesta desproporción grave de las prestaciones por hechos imprevistos y no atribuibles a la demandante y con ocasión a los cuales se le habrían generado pérdidas económicas, se encuentran varios defectos al mismo, que permiten concluir no solo que no es un medio idóneo para acreditar las situaciones fácticas sobre las cuales descansa el presente proceso, sino que partieron de bases equivocadas para responder a los cuestionamientos que se le hacían.

En la demanda se mencionan como hechos imprevistos que alteraron las prestaciones económicas del contrato para CONFIANZA S.A.: (i) deficiencias técnicas por parte de TELECAFE LTDA. en la operación de los equipos; (ii) fallas en la señal emitida y su cobertura; (iii) tardanza en la puesta en funcionamiento de los equipos y (iv) bajo rating de sintonía, situaciones todas estas a las cuales no

³⁹ [17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁴⁰ Sentencia de 31 de octubre de 2007, ya citada.

hace referencia el dictamen con rigor técnico y sobre bases ciertas, porque el mismo versó sobre asuntos contables, que, de todos modos, tampoco son suficientes para tener por acreditada las circunstancias que hayan afectado en forma grave la economía del contrato bajo la teoría de la imprevisión, ni pérdidas por parte de la actora en tanto no se observa que se hubiese revisado también la contabilidad de la aseguradora.

En efecto, pese a que los peritos contestaron las preguntas que les fueron formuladas, partieron de un presupuesto de ventas presuntamente estimado por TELECAFE LTDA. para la vigencia de 1994, como si la falta de ejecución del mismo fuera la causa del daño que se reclama en el proceso, cuando lo cierto es que los hechos materia de la controversia se refieren, como se anotó, a circunstancias de distinta índole (deficiencias técnicas de los equipos, fallas en la señal, insuficiencia de cobertura; bajo *rating* de sintonía, entre otras), de suerte que asiste razón al objetante cuando afirma que se distorsiona el proceso al estimar que el daño surge de la ejecución de dicho presupuesto, circunstancia suficiente para que proceda la objeción por error grave, dado que tomaron como objeto de observación y estudio un asunto o tema fundamentalmente distinto del que es materia del dictamen y como lo enseña la jurisprudencia apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven.

Además, se incurre en yerro en el dictamen cuando se responde acerca de las posibilidades de comercialización y sus valores sin determinar la idoneidad de los equipos de transmisión de TELECAFE LTDA. para la época de ejecución del contrato o los ratings de sintonía del canal, tal y como se desprende del cuarto cuestionamiento formulado a los peritos.

Igualmente, llama la atención de la Sala que los peritos tan solo tuvieron en cuenta información financiera y contable en su mayor parte de TELECAFE LTDA. para la época de la vigencia del contrato, así como la que emanaba del mismo contrato y de los convenios, y con base en esa información determinaron unas pérdidas supuestamente percibidas por CONFIANZA S.A., sin que se hubiese cruzado con la contabilidad de la sociedad demandante, defecto éste que también reviste gravedad en cuanto no concurren las exigencias de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

De todas formas también observa la Sala que el dictamen no aporta elementos de convicción sobre bases ciertas y seguras acerca de las circunstancias que interesan al proceso y que eran objeto de este medio de prueba, como lo concierne con la presunta baja de sintonía, la fecha en que supuestamente comenzaron a operar perfectamente los equipos del canal, la fecha en que inició a recibirse la señal en todas las zonas, la forma de comercialización de los espacios, careciendo por tal motivo de utilidad e idoneidad.

En este orden de ideas, la Sala considera que el dictamen pericial no resulta útil ni es idóneo para demostrar los hechos en el que se soportaron las pretensiones de la demanda, e incurre, según lo expuesto, en error grave.

6.5. Para determinar si le asiste razón a la actora, es relevante tener en cuenta lo sucedido en desarrollo del contrato y en particular establecer si los motivos que indica como causantes de los perjuicios reclamados por una alteración de grave de las bases del contrato, se encuentran demostrados.

Así las cosas, además del Contrato n°. 01 de 1993 y los convenios de 22 de octubre y 27 de diciembre de 1993 que obran en el expediente y a los cuales ya se hizo alusión, se practicó interrogatorio de parte al representante legal de CONFIANZA S.A., Joaquín Vega Garzón, (fls. 28 a 33 cd. 2), quien manifestó que la aseguradora asumió el Contrato n°. 01 de 1993 con la condición de que se prorrogara por un año y se acordaran precios más bajos que podían ser revisados, en la medida en que se consideró que GENTE Y MEDIOS LTDA. sólo había incumplido parcialmente el contrato, pues si bien no cumplió la obligación principal de pago de las cuotas, también estaba obligada a comercializar la pauta publicitaria, *“actividad que ya estaba cumpliendo de alguna manera, al punto de ya tener formada una cartera que fue asumida también en su cobro por Confianza S.A. En resumen ellos habían adelantado ventas, lo cual era parte de su obligación contractual, pero no habían logrado el cobro de la cartera”*. Sostuvo que CONFIANZA S.A. pidió la prórroga e insistió en la revisión de precios para pagarle a TELECAFE LTDA. por minutos de publicidad, ya que el interés era el de colaborarle a ésta en la labor de comercializar el canal. Afirmó que se continuó

con la comercialización por conducto de la sociedad GENTE Y MEDIOS LTDA. porque el incumplimiento presentado era parcial y no del todo imputable a ella, además contaban con el conocimiento de la potencial clientela y se tendría por la aseguradora la supervisión en el manejo de los recursos económicos. Puntualizó que TELECAFE LTDA. incumplió sus compromisos en relación con la instalación y ampliación de las antenas para mayor radio de acción, razón por la cual la señal no entraba en muchos sitios, lo que dificultaba que se tuviera interés en pautar en el canal al no tener buena cobertura.

Rindieron testimonio, por solicitud de la entidad demandada, los señores Oscar González Salazar y Felipe Santiago Restrepo Posada (fls. 43 a 49 cd. 2), abogados que, según su declaración, participaron en las reuniones realizadas entre TELECAFE LTDA., GENTES Y MEDIOS LTDA. y CONFIANZA S.A. para la época de los hechos del proceso, con el fin de llegar a un acuerdo en relación con las diferencias surgidas en la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento por parte del contratista inicial. Los testigos señalaron que se acordó que CONFIANZA S.A. asumiera el contrato y TELECAFE LTDA. aceptara la cesión en condiciones que le permitieran a la aseguradora recuperar parte del siniestro pagado, propósito para el cual se concedió una prórroga por un año y se modificó el valor del minuto de comercial a \$17.500.00, cuando éste se vendía por un valor que oscilaba entre \$150.000 y \$200.000. Afirmaron que en las reuniones se señalaba que GENTE Y MEDIOS LTDA. presentaba deficiencias, pues no contaba con una oficina organizada en el antiguo Caldas y no tenía una política de mercadeo agresiva, pese a lo cual la aseguradora continuó la comercialización con dicha sociedad. Felipe Santiago Restrepo Posada, agregó que CONFIANZA S.A. conocía la capacidad técnica de TELECAFE LTDA. y precisó que no era cierto que ésta sólo hubiera puesto a funcionar los equipos que permitían una señal correcta y completa apenas en el mes de marzo de 1994, dado que desde el 1 de febrero de ese año se instalaron equipos con una potente señal, otros en marzo y en abril siguientes, porque el hecho de tener una buena señal no obstaba para que luego se compraran equipos nuevos.

De acuerdo con lo anterior, la Sala precisa que estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente, además de los

hechos a los que ya se ha hecho referencia, quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes de la relación contractual del *sub iudice*:

a).- La celebración del Contrato n°. 01 de 17 de abril de 1993 entre TELECAFE LTDA. y GENTE Y MEDIOS LTDA. para la comercialización de espacios de televisión en el canal regional de TELECAFE LTDA.

b).- La cesión de ese contrato el 22 de octubre de 1993 a CONFIANZA S.A., garante del contratista, por el incumplimiento de la sociedad contratista GENTE Y MEDIOS LTDA., así como la modificación al mismo mediante convenio del 27 de diciembre del mismo año, asumiendo aquella todos los derechos y obligaciones del contratista inicial, incluida la facturación a partir de 1 de octubre de 1993 y en términos más favorables a los inicialmente pactados.

c).- La obtención, según consta en los citados convenios, por parte de CONFIANZA S.A. de la prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 1994, con una rebaja del 50% en el valor de las cuotas correspondientes a los meses de noviembre a diciembre de 1993, enero y febrero de 1994 pactados en el contrato y que ascendían a \$234.652.000, así como el otorgamiento de la comercialización de los espacios en los horarios pactados, con seis minutos de comerciales por cada media hora de programación, con un valor por minuto de \$17.500.00 y un precio total durante el año de prórroga de \$93.030.000.00 por 5.316 minutos de comerciales; también se estableció que “...*la franja se pagará en su totalidad independientemente de que se comercialice o no...*” y que la venta mínima al público por minuto de comercial sería de \$100.000,00. Así mismo, se estipuló que las partes se reunirían a partir de febrero de 1994 para analizar técnica y financieramente el desarrollo del contrato y en caso de que las expectativas de las mismas no se pudieran alcanzar por causas no imputables a ellas, podrían modificar las estipulaciones contractuales y aún dar por terminada la ampliación por mutuo acuerdo.

d).- Que CONFIANZA S.A. continuó con la labor de comercialización de los espacios publicitarios con GENTE Y MEDIOS LTDA., sociedad que había incumplido el contrato inicial.

Como puede apreciarse, contrario a lo aducido por la sociedad actora y ahora apelante, y tal como lo concluyó el *a quo*, no existen en el expediente pruebas sobre las alegadas causas o circunstancias posteriores a la celebración del contrato ajenas y no imputables ella, ni menos aún extraordinarias e imprevisibles que alteraran el equilibrio económico del contrato en contra de sus intereses patrimoniales y al punto de que pudieran configurarse los presupuestos de la teoría de la imprevisión.

La demandante insistió durante el proceso haber sufrido pérdidas durante la ejecución del contrato, derivadas de la no comercialización de los espacios publicitarios por motivos imputables a la demandada y en grado tal que le resultó excesivamente oneroso, pero, para obtener un reajuste por la alteración de las bases del contrato, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, no basta con la comprobación de ese hecho sino que también es necesario que no se origine en causas atribuibles a ella, es decir, que el acontecimiento le resulte ser ajeno.

Los citados requisitos de la teoría de la imprevisión no se presentan en el *sub lite*, habida consideración de que la actividad de comercialización constituía el objeto del contrato y era una obligación a cargo de la contratista CONFIANZA S.A., y aunque ésta adujo que las expectativas de venta y comercialización se frustraron por hechos imprevistos y razones de orden técnico imputables a la demandada que impidieron una correcta señal y cobertura de televisión y produjeron un bajo rating de sintonía, no demostró esos hechos, incumpliendo así con la carga probatoria que le incumbía para sacar adelante sus pretensiones (art. 177 del C. de P. Civil).

Al contrario, lo que consta en el plenario es que la aseguradora demandante continuó ejecutando la comercialización de las pautas publicitarias objeto del

contrato que le fuera cedido a través de la sociedad contratista inicial incumplida - GENTE Y MEDIOS LTDA.-, con lo cual se expuso a la situación de riesgo que ahora reclama como causante de perjuicios.

En tales condiciones, acertó el Tribunal *a quo*, cuando concluyó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar porque, además de que las circunstancias imprevistas y otras presuntamente atribuibles a TELECAFE LTDA. no fueron demostradas, el acervo probatorio permite colegir que la obligación de comercializar los espacios estuvo a cargo de las dos sociedades contratistas (GENTE Y MEDIOS LTDA. y CONFIANZA S.A.) y si fallaron en esta actividad, en sus proyecciones y análisis de mercado, su falta de previsión y su conducta inexperta en ese campo sólo a ellas les es atribuible, de manera que si obtuvieron pérdidas en esta labor comercial, no pueden ser imputables a la demandada ni fundamento de la reparación solicitada.

De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará la decisión del *a quo* en cuanto negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la sociedad actora, pero la adicionará en relación con la declaratoria de oficio de las cláusulas contractuales que encontró viciadas de nulidad absoluta y la procedencia de la objeción de error grave formulada contra el dictamen pericial.

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

FALLA:

1.- MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca el 12 de marzo de 1998, la cual quedará así:

PRIMERO: Declárase de oficio la nulidad absoluta parcial del Contrato de Comercialización n°. 01 de 17 de abril de 1993, en cuanto a las cláusulas décima segunda -multas- en las expresiones “*que a juicio de EL CONTRATANTE no sea*

causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE” y “La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83”; décima tercera -penal pecuniaria- en las expresiones “de declaratoria de caducidad o” y , “podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL CONTRATISTA”, y toda la décima cuarta -caducidad administrativa-.

SEGUNDO: Declárase probada la objeción por error grave que formuló la parte demandada al dictamen pericial.

TERCERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condénase a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA- al pago de las costas procesales. Liquidense por la Secretaría del Tribunal.

2.- DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

