**CLÁUSULA COMPROMISORIA - Finalidad - Definición**

En ejercicio de la facultad conferida en el inciso 4º del artículo 116 de la C. P., (las partes del contrato) acordaron que particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia resolverían en derecho, las diferencias surgidas en razón del contrato, esto es, las partes renunciaron a hacer valer estas pretensiones ante los jueces, en el ejercicio del derecho a disponer de lo suyo, atendiendo al caso de que se trate y a la facultad legal o convencional para proceder en consecuencia acorde con la naturaleza dispositiva de los derechos en controversia. Sin perjuicio, que el acuerdo excluyó expresamente la posibilidad de llevar a la justicia arbitral los efectos de la declaratoria de caducidad en el ámbito del contrato. Cabe advertir que la cláusula compromisoria, pactada en el contrato, comprende todas las diferencias que tienen que ver con la ejecución del contrato, por lo que su alcance tiene un espectro omnicomprensivo al margen de los límites impuestos por la ley. En ese orden, el universo comprendió todas las materias de naturaleza netamente patrimonial y económica, susceptibles de transacción y disposición, generadas en el ámbito de la vinculación negocial.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **-** **Procedencia**

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación -** **Causales - Marco normativo**

Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, regula íntegramente la materia de arbitraje -art. 119- y dispone que la anulación del laudo procede en los siguientes casos: Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral. 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.3. No haberse constituido el tribunal en forma legal. 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad. 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión. 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **-** **Recurso ordinario de apelación - Diferencias**

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso, defensa y acceso a la justicia; sin perjuicio de la preservación de mandatos imperativos, como la declaratoria de caducidad y la preservación de la jurisdicción y competencia. Se aprecia entonces que el recurso de anulación corrige irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Finalidad**

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, relacionados con la valoración probatoria. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, esto es el recurrente delimita mediante la formulación y sustentación del recurso y con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento la competencia del juez del recurso. Sin perjuicio de los asuntos confiados a la potestad del juzgador, los que no pueden quedar al arbitrio de las partes en cuanto fueron establecidas para asegurar la prevalencia del orden público; para el efecto la caducidad, la competencia y la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral. (…)Ahora, se recuerda que más allá de la forma de razonar el panel Arbitral y de que la parte recurrente no comparta el fondo de sus planteamientos, lo cierto es que resulta contrario a la técnica del recurso extraordinario de anulación entrar a discutir los aspectos sustanciales de la decisión adoptada por el Tribunal, en cuanto en vía de este recurso sólo resulta procedente alegar defectos de forma constitutivos de errores in procedendo y no in judicando, como al parecer de la Sala es la pretensión del recurrente.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Hechos - Pretensiones - Oportunidades - Relación**

En desarrollo del artículo 281 del Código General de Proceso, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades procesales previstas por la ley; con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. En consecuencia, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. El principio de congruencia implica que la decisión de los árbitros corresponda a lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (ultra petita); tampoco menos (infra o citra petita), ni nada extraño (extra petita), porque en los recursos de esta estirpe se configura la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. (…) El juez arbitral se pronunció sobre cada uno de los puntos que fueron sometidos a su decisión y analizó la conducta de la ANTV, cosa distinta es que el resultado no fuera favorable a todas las expectativas de la parte impugnante, lo cual no significa que se hubiera incurrido en la causal invocada contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Tampoco existe una contradicción interna en el fallo impugnado, de modo que el fallo no adolece de incongruencia por falta de pronunciamiento de alguno de los puntos de la cuestión litigiosa o por contracción en algunos de los puntos contenidos en la parte resolutiva.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Desconocimiento - Laudo Arbitral - Anulación**

Frente a la causal 9ª (del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012) de la misma normatividad, cabe precisar que el principio de congruencia se desconoce, cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda, sobre su contestación o los mecanismos de defensa -incluidas las excepciones o la demanda de reconvención, dentro del límite impuesto por la cláusula compromisoria. (…) En consecuencia, la causal demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede anular el laudo total o parcialmente y en su lugar resolver de fondo sobre los puntos frente a los cuales el juez arbitral omitió pronunciarse.

**LAUDO ARBITRAL - Anulación - Causales - Aplicación**

Sobre el alcance de esta causal, la Sala coincide con lo dicho en sentencia de 27 de noviembre de 2017, por la Subsección “C” de esta Corporación sobre la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. 6.11.- Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”. 6.12.- Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo citra petita consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas. 6.13.- También respecto de ésta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso. 6.14.- Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del Código General del Proceso, preveía y ahora prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes. 6.15.- Así las cosas, se entendió y ahora se entiende que para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral. 6.16.- Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN (E)**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00005-00(58543)**

**Actor: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Demandado: RCN TELEVISIÓN S.A.**

**Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN**

Tema: Recurso de anulación. Falta de congruencia

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la Autoridad Nacional de Televisión contra RCN TELEVISIÓN S.A. el 26 de octubre de 2016. Mediante el laudo se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

***Primero:*** *Declarar que no prospera la excepción de "Falta de jurisdicción y/o competencia del Tribunal" formulada por RCN TELEVISIÓN S.A. respecto del "SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS" de la demanda presentada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva.*

***Segundo:*** *Declarar que no prosperan las excepciones de "Ausencia de causa" y "Cosa Juzgada" formuladas por RCN TELEVISIÓN S.A., en los términos indicados en la parte motiva.*

***Tercero:*** *Declarar que no prospera la excepción de "COSA JUZGADA- FALTA DE COMPETENCIA" formulada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva.*

***Cuarto:*** *Negar todas las pretensiones de la demanda principal presentada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva. Este pronunciamiento comprende las "PRETENSIONES PRINCIPALES", el "PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES" y el "SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS" de dicha demanda.*

***Quinto:*** *Negar todas las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por RCN TELEVISIÓN S.A., en los términos indicados en la parte motiva.*

***Sexto:*** *Desestimar, conforme a lo indicado en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por RCN TELEVISIÓN S.A., denominadas falta de derecho del demandante", "Pago", "Culpa de la víctima", "Venir contra acto propio", "Contratante incumplido", "Compensación", "Inexistencia de responsabilidad de la Convocada", "Prescripción y/o Caducidad", "Incumplimiento de la obligación de la Convocante de mitigar el supuesto daño", "inexistencia de la obligación de indemnizar", "nulidad relativa" y la genérica propuesta en el escrito de contestación.*

***Séptimo:*** *Desestimar, conforme a lo indicado en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominadas "inexistencia de identidad de causa - imposibilidad de compensar", "ausencia de identidad entre los supuestos y las variables tenidos en cuenta para la valoración de la concesión del tercer canal y los supuestos y la (sic) variables tenidas en cuenta para la prórroga del contrato de concesión-valores financieramente no conmutables", "pago de lo debido", y la genérica propuesta en el escrito de contestación.*

***Octavo:*** *Declarar que no hay condena en costas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.*

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 30 de mayo de 2014, la Autoridad Nacional de Televisión, por conducto de apoderado judicial[[1]](#footnote-1), en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y de la cláusula compromisoria, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria a un Tribunal de Arbitramento, para que con citación y audiencia de la sociedad RCN Televisión S.A. se hicieran las siguientes declaraciones y condenas –folio 1 del cuaderno principal-.

***PRETENSIONES PRINCIPALES***

***1.- PRIMERA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE la fuerza de cosa juzgada derivada del Laudo del 7 de noviembre de 2012 proferido con ocasión de las controversias surgidas entre la CNTV y el Concesionario, en cuanto a que la no entrada en operación del Tercer Canal, constituye una circunstancia extraordinaria a la prevista por las partes al momento de la celebración de la prórroga del Contrato de Concesión que resulta excesivamente onerosa para la ANTV.*

***2.- SEGUNDA PRINCIPAL -*** *Que, como consecuencia de la declaración anterior, se DECLARE la fuerza de cosa juzgada derivada del Laudo del 7 de noviembre de 2012, proferido con ocasión de las controversias surgidas entre la CNTV y el Concesionario, en cuanto a la existencia de un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión que afecta a la ANTV y que debe ser re-establecido, desequilibrio consistente en el mayor valor que corresponde por estar siendo ejecutada la prórroga con solo dos canales de televisión privada nacional, cuando lo que se previó para valorar dicha prórroga fue la participación del Tercer Canal a partir del primero (1°) de julio de 2010.*

***PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES***

***A.******PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE que la no entrada en operación del Tercer Canal determinan que la prórroga del Contrato de Concesión se ha ejecutado en circunstancias imprevisibles y extraordinarias que resultan excesivamente onerosas para la ANTV.*

***B****.* ***PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE, como consecuencia de la declaración derivada de la pretensión primera principal o de la subsidiaria de la primera principal, la existencia de un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión que afecta a la ANTV y que debe ser re-establecido, desequilibrio consistente en el mayor valor que corresponde por estar siendo ejecutada la prórroga con solo dos canales de televisión privada nacional, cuando lo que se previó para valorar dicha prórroga fue la participación del Tercer Canal.*

***3.- TERCERA PRINCIPAL -*** *Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, o el artículo 27 de la misma Ley 80 de 1993, el artículo 2, parágrafo 3° de la Ley 680 de 2001, el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la prórroga al Contrato de Concesión por la no entrada en operación del Tercer Canal, correspondiente al impacto que se pruebe al momento de expedición del Laudo, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.*

***SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.***

*Si el H. Tribunal negare las pretensiones principales y su primer grupo de subsidiarias anteriores, solicito se sirva despachar favorablemente las siguientes:*

***A. PRIMERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que se declare que la no entrada en operación del Tercer Canal, lo cual había sido considerado para establecer el valor de la prórroga del Contrato de Concesión, ha causado un enriquecimiento sin justa causa para el Concesionario consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el valor de la prórroga, y en el detrimento correlativo de la ANTV consistente en la ejecución de la concesión sin la participación del Tercer Canal, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.*

***B. SEGUNDA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que se declare que con base en la circunstancia anterior deberá repararse el detrimento patrimonial sufrido por la ANTV, en cuanto que la prórroga al Contrato de Concesión se ejecuta sin la participación del Tercer Canal, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.*

***C. TERCERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que con base en las declaraciones anteriores del presente acápite o unas semejantes emitidas de acuerdo con los principios generales del Derecho o cualquier disposición legal aplicable, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la prórroga al Contrato de Concesión correspondiente al efecto de la no entrada en operación del Tercer Canal, según el impacto no resarcido que se pruebe, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.*

***4.- CUARTA PRINCIPAL -*** *Que se condene en costas al Concesionario.*

La parte convocante puso de presente los hechos que se resumen a continuación:

1º. El 26 de diciembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión CNTV y la sociedad RCN Televisión S.A. suscribieron un contrato de concesión para la operación y explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional NI, por el término de diez años y conforme las frecuencias asignadas.

2.- En los términos de la cláusula quinta, las partes convinieron que la Comisión solo podía otorgar concesiones a otros operadores privados *“a partir del vencimiento del término de los diez (10) años de ejecución”*, de modo que sólo a partir de entonces, la explotación del servicio de televisión podría darse en concurrencia con *"otros operadores privados".*

**3.-** Aunque se suscribieron otrosíes al contrato, el 4 de diciembre de 1998, el 24 de agosto y el 2 de septiembre de 1999, no se modificó el acuerdo en lo relativo a la restricción sobre la operación del tercer canal durante la vigencia del contrato. Adicionalmente, en los otrosíes número 5 de 7 de octubre de 1999, 6 de 9 de febrero y 7 de 28 de diciembre de 2004, tampoco se previó la operación de un tercer canal.

**4.-** No obstante lo anterior, en Acta 1350 de 9 de agosto de 2007, la Junta Directiva de la CNTV manifestó en ejercicio de sus competencias legales, que Colombia tendría un tercer canal privado de operación nacional.

**5.-** El 10 de agosto de 2007, el concesionario solicitó a la CNTV la prórroga del Contrato en los términos en que fue pactado y ello suponía la posibilidad por parte de la entidad concedente de adjudicar nuevas concesiones con posterioridad al vencimiento del plazo inicial del Contrato de Concesión.

**6.-** Es así como en los términos de los artículos 5,12 y 48 de la Ley 182 de 1995, la CNTV estructuró un borrador para la prórroga de los contratos de concesión. Los concesionarios, Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.-, se pronunciaron el 1° de julio de 2008, para manifestar su inquietud por la entrada de nuevos operadores al mercado.

**7.-** El 17 de julio de 2008, la Junta Directiva de la CNTV profirió el acuerdo n.° 003 denominado *"reglamento para la prórroga de los contratos de concesión de los canales nacionales de operación privada"*. El artículo tercero dispuso en materia de contraprestaciones que se debían tener en cuenta las conclusiones y recomendaciones de los estudios que hubiere contratado la Comisión Nacional de Televisión.

8.- Mediante Acta 1438 de 5 de agosto de 2008, la Junta Directiva de la CNTV encontró que procedía la prórroga del contrato de concesión. Autorizó el inicio de las conversaciones con Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. para convenir los ajustes jurídicos, económicos y técnicos de los contratos 136 y 140 de 1997. Integró un grupo de asesores para que emprendieran labores tendientes a: i) negociar con los concesionarios las condiciones de las prórrogas; ii) estudiar la posibilidad para que entraran en operación nuevas concesiones al vencimiento del plazo; iii) el impacto que la nueva adjudicación podría tener en el precio y en las prórrogas de los concesionarios. Los nuevos asesores debían valorar el proceso de adjudicación del tercer canal, el cual no llegó a feliz término.

**9.-** Mediante acta n.° 1476 de 29 de diciembre de 2008, la Junta Directiva de la CNTV resolvió que el Tercer Canal iniciaría operaciones 1° de julio de 2010.

**10.-** Luego de las observaciones presentadas por Caracol y RCN Televisión S.A. al denominado "INFORME FINAL CONJUNTO", elaborado por las bancas de inversión, contratadas para establecer el precio de las prórrogas, bajo la premisa de la entrada en operación del tercer canal, se contrató al ex Ministro de Hacienda Alberto Carrasquilla, quien emitió un primer documento denominado "Precio de las Licencias de Televisión Abierta para el Nuevo Período Regulatorio 2009-2018" el 5 de enero de 2009.

**11.**- La CNTV utilizó la herramienta electrónica denominada *"2009 01 05 (escenario Carrasquilla)*, la cual corresponde, al modelo final presentado por las bancas de inversión, ajustado a partir de las sugerencias propuestas por el señor Alberto Carrasquilla. Misma que incluye una propuesta que contempla una revisión del precio en función de la inversión neta en publicidad en TV abierta, nacional, regional y local (INPTV) para los años 2009 y 2010, donde el máximo valor que tendrían que pagar cada uno de los operadores por la prórroga sería de $ 264.367 MM. Dicha tabla se convirtió en el método para definir el precio final de las prórrogas de los Contratos de Concesión n.° (s) 136 y 140 de 1997.

12.- Luego del proceso de negociación con los Concesionarios y de las recomendaciones de los estudios contratados por la CNTV, la Junta Directiva decidió el 7 de enero de 2009:

***b.*** *(…) fijar el precio acogiendo la propuesta de precio y metodología de ajuste del mismo propuesta por el Dr. Alberto Carrasquilla contenido en el anexo 2, de la siguiente manera: Un precio base para los canales RCN y Caracol de $187.184 mil millones de pesos, con un rango cuyo límite inferior es $110.000 mil millones de pesos y cuyo límite superior es $264.367 mil millones de pesos y una metodología de ajuste para el precio final, que sería revisable en 2 años de acuerdo con los resultados reales de la pauta publicitaria. Esta alternativa estaría basada en el comportamiento de la pauta y podría ajustarse aumentando hasta el límite superior o disminuyendo hasta el límite inferior. Para el tercer canal el precio base será de $69.276 mil millones de pesos con inversión en red analógica y $ 141.000 mil millones de pesos sin inversión en red analógica (…)****.***

En consecuencia, con base en las conclusiones y recomendaciones contenidas en los ejercicios atrás referidos, la Junta Directiva de la CNTV adoptó la estructura de prestaciones económicas a cargo de los respectivos concesionarios con ocasión de la prórroga de los Contratos de Concesión n.° (s) 136 y 140 de 1997 y la concesión del Tercer Canal cuya entrada en operación se había previsto para el primero (1°) de julio de 2010.

**13.-** En suma, luego de agotar el proceso de negociación, la Junta Directiva de la CNTV resolvió: i) Otorgar la prórroga de los Contratos de Concesión n.° (s) 136 y 140 de 1997 en los términos de la minuta que incluía de manera detallada la metodología establecida por Alberto Carrasquilla para la determinación del precio de las respectivas prórrogas; ii) ordenó la expedición de los actos administrativos a que hubiere lugar y iii) autorizó a la Directora de la CNTV a suscribir los correspondientes otrosíes de prórroga de los Contratos de Concesión 136 y 140 de 1997, según da cuenta el Acta 1482 de 8 de enero de 2009.

**14.** Además, la Junta Directiva de la CNTV expidió la resolución n.° 001 del 2009 de 8 de enero de 2009, mediante la cual aprobó la prórroga de los Contratos de Concesión n.° (s) 136 y 140 de 1997, decisión que se encuentra en firme y goza de presunción de legalidad, en tanto no fue discutida por los Concesionarios.

**15.**- A continuación, el 9 de enero de 2009, la CNTV y el Concesionario suscribieron el Otrosí n.° 8 que contiene la prórroga del “*Contrato de Concesión n.° 140 de 1997”.* Las partes convinieron que el contrato quedaba integrado con sus otrosíes y la prórroga, al tiempo que concertaron como término de duración diez años contados a partir del 11 de enero de 2009. El valor se ajustaría a las siguientes condiciones:

***CLÁUSULA SÉPTIMA.- VALOR DE LA PRÓRROGA:*** *Por decisión de LA COMISIÓN, el valor que el CONCESIONARIO pagará a LA COMISIÓN por concepto de la presente prórroga será la cantidad inicial de CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS ($187.184.000.000) (en adelante "Precio Base") más la cifra positiva o negativa que resulte de aplicar al Precio Base un ajuste (en adelante "Valor del Ajuste"), en función del comportamiento real observado de la Inversión Neta en Publicidad en Televisión Abierta, Nacional, Regional y Local (INPTV), durante los próximos dos (2) años, de conformidad con la siguientes reglas. El precio así ajustado se denominará Precio Final.*

También fijó el cronograma, rangos y condiciones para el pago de la concesión, así:

***1a.*** *Trimestralmente, a partir del 31 de marzo de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2010, deberá establecerse el valor de la INPTV. Dicho valor será determinado por un tercero idóneo (en adelante el "Auditor"), con base en la información contable y financiera que para tal efecto deberán reportar a LA COMISIÓN, a más tardar dentro del mes siguiente al vencimiento de cada trimestre, los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local y los concesionarios de espacios de televisión, debidamente certificada por sus respectivos revisores fiscales o contadores públicos, según se trate, tomada de sus respectivos estados financieros y soportada en los libros de contabilidad de cada concesionario. LA COMISIÓN deberá entregar al Auditor la información antes mencionada a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo que tienen los concesionarios para entregar la información contable y financiera.*

***2a.*** *Para los efectos de la determinación del valor trimestral de la INPTV, el Auditor utilizará exclusivamente los valores informados por los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local y los concesionarios de espacios de televisión, que estén incluidos en la base de datos que utilizó ASOMEDIOS para estimar la INPTV de 2008, más el tercer canal.*

*No obstante, el Auditor podrá utilizar la información proveniente de los restantes concesionarios de televisión abierta, regional, y local y los concesionarios de espacios de televisión siempre que asegure consistencia metodológica con la información suministrada para el 2008.*

*(…)*

***7a****. Con base en la Pauta Final informada por el Auditor, la Comisión Nacional de Televisión determinará el Precio Base Ajustado de la Concesión así:*

***(I)*** *Si el valor de la Pauta Final es igual o inferior a un billón ochocientos cincuenta y tres mil sesenta y dos millones de pesos ($1.853.062.000.000), el Valor del Ajuste será una única suma de setenta y siete mil ciento ochenta y tres millones de pesos ($77.183.0000.000): En consecuencia el Precio Final de la presente prórroga será la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS ($264.367.000.000.00).*

***(II)*** *Si el valor de la Pauta Final es igual o inferior a Un Billón Setecientos Sesenta y Siete Mil Quinientos Diez y Nueve millones de pesos ($1.767.519.000.000), el valor del ajuste será una única suma negativa de Setenta y Siete Mil Ciento Ochenta y Cuatro Millones de Pesos ($77.184.000.000). En consecuencia, el Precio Final de la presente prórroga será la suma de CIENTO DIEZ MIL MILLONES DE PESOS ($110.000.000.000).*

***(III)*** *Si el valor de la Pauta Final se ubica en el rango entre Un Billón Ochocientos Cincuenta y Tres Mil Sesenta y Dos millones de pesos ($1.853.062.000.000) y Un Billón Setecientos Sesenta y Siete Mil Quinientos Diez y Nueve millones de pesos ($1.767.519.000.000), el Precio Final será el que fije LA COMISIÓN de conformidad con la siguiente tabla:*

*(…)*

***PARÁGRAFO TERCERO -*** *Es entendido que el Precio Final de la prórroga solo quedará determinado en forma definitiva en la fecha en la que LA COMISIÓN lo fije con base en la información suministrada por el Auditor. En caso de que no lo hiciere a más tardar el ocho (8) de enero de 2010, el Precio Final quedará determinado en dicha fecha con sujeción a la tabla de que trata la regla 7a de la presente cláusula.*

16.- En consecuencia, el acuerdo fue resultado de una interlocución entre CNTV y los Concesionarios, especialmente para determinar el precio de la respectiva prórroga, del que se destaca:

**a.** La estructura de precio de la prórroga, que corresponde a aquella propuesta presentada por Alberto Carrasquilla, supone la existencia de un precio base y un ajuste en función del comportamiento real observado sobre la inversión en publicidad entre los años 2009 y 2010, fijado por un auditor, pero el precio final surge de las conclusiones y recomendaciones contenidas en el estudio presentado por el señor Carrasquilla denominado "2009 01 05 (escenario Carrasquilla)", elaborado en función de la entrada de un tercer canal prevista para el mes de julio de 2010.

**b.** El valor de la INPTV real de 2009 y 2010, necesario para determinar el precio final de la prórroga del contrato de concesión, tendría como fundamento la información contable y financiera que debían reportar los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local, más el Tercer Canal. Las partes aceptaron su proyección siempre que entrara en operación del Tercer Canal, al punto que advirtieron la necesidad de recaudar información financiera a efectos de calcular la INPTV real de 2009 y 2010 y así establecer el precio final de contrato de concesión.

**17.-** En síntesis, se previó la prórroga para la operación y explotación de los canales de televisión privada de cubrimiento nacional; la participación de dos operadores incumbentes y un nuevo operador a partir del 1 de julio de 2010.

**18.-** El 29 de octubre de 2009, la CNTV y el Concesionario suscribieron el otrosí n.° 1 al otrosí n.° 8, mediante el cual modificaron el parágrafo segundo de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, para acordar las condiciones de los rendimientos que se causarían con ocasión del pago del precio final de la prórroga del contrato, sin variar las bases de la valoración. Igualmente, suscribieron los otrosíes números 9 de 6 de diciembre de 2011 y 10 de 20 de mayo de 2013, los cuales en nada modificaron lo convenido respecto de la entrada en operación del tercer canal.

**19.-** El 15 de julio de 2009, los Concesionarios y Ernst & Young Audit Ltda suscribieron un contrato de auditoría, conforme al cual, este último determinaría el valor de la inversión neta en publicidad en televisión Abierta, Nacional, Regional y Local-INPTV de acuerdo con lo establecido en el Otrosí n.° 4 al Contrato de Concesión 136 de 1997 y el Otrosí n.° 8 al Contrato de Concesión 140 de 1997.

**20.-** El 7 de enero de 2011, el Auditor presentó su informe final con respecto al valor de la INPTV correspondiente a los años 2009 y 2010. En dicho documento se determinó el valor de la INPTV para 2009 y 2010, así:

|  |  |
| --- | --- |
| 2009 | 873.825.468 |
| 2010 | 969.079.390 |
| **Total INPTV (2009 – 2010)** | **1.842.904.858** |

Así mismo señaló que la INPTV para 2009 y 2010, en miles de pesos a precios constantes de 2008, correspondía a la siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| 2009 | 856.691.635 |
| 2010 | 920.885.755 |
| **Total INPTV (2009 – 2010)** | **1.777.577.390** |

**21.-** De conformidad con la tabla incluida en el sub-numeral (III) del numeral 7° de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, para una INPTV durante 2009 y 2010 equivalente a $1.777.577.390, el precio final de la respectiva prórroga ascendería a la suma de $ 147.436 millones de pesos.

**22-** Es un hecho notorio que el Tercer Canal no inició operaciones, de modo que no entró en operación el 1° de julio de 2010, hecho que alteró en forma extraordinaria la ecuación económica del contrato de Concesión para la CNTV, dadas las mejores condiciones en que operó el operador privado, sin la presencia de un competidor.

**23.-** Lo anterior impactó considerablemente el valor de las prórrogas de los Contratos de Concesión (Caracol y RCN), hecho que resultó atribuible a un conjunto de circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad concedente, que impidieron adjudicar el respectivo contrato de concesión. Ahora, la citada prórroga se ejecutó en circunstancias diferentes a las que fueron acordadas inicialmente, de modo que la Convocante percibió por dicha prórroga un valor menor al que le correspondía en caso de que se hubiera ejecutado bajo las condiciones originalmente convenidas.

**24**.- La convocante alegó que la CNTV abrió el proceso de licitación, después de realizar los estudios necesarios, por lo que era previsible que dicha licitación concluyera con la adjudicación, pero como en el curso de la misma, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo de Estado adoptaron decisiones que impidieron continuar y adjudicar el contrato, ello no ocurrió. En efecto, el Consejo de Estado suspendió en forma provisional el numeral 4.11 de los Pliegos de Condiciones y luego anuló dichas previsiones, de lo que se sigue que la no entrada en operación del tercer canal tuvo origen en circunstancias extraordinarias.

**25.** Tampoco puede pasarse por alto que la CNTV actuó de manera razonable, en cuanto revocó la primera licitación con sujeción a las observaciones formuladas por la Procuraduría y adelantó el segundo procedimiento luego anulado por el Consejo de Estado.

**26.** A continuación, en demanda de 15 de abril de 2011, la CNTV solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá convocar a un tribunal de arbitramento, para que se pronunciara sobre el equilibrio económico del contrato, fundado en que la no entrada en operación del Tercer Canal, afectó la economía en favor de los concesionarios y en contra de la convocante.

**27**.- Las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, conforme da cuenta el Laudo de 7 de noviembre de 2012. A juicio del Tribunal en la ejecución del contrato y su prórroga ocurrieron circunstancias que impidieron la adjudicación y entrada en operación del tercer canal privado de televisión abierta nacional, prevista a partir del 1° de julio de 2010. El Tribunal de Arbitramento adoptó las siguientes declaraciones y condenas:

*Primero.- Declarar que el valor de la Prórroga del Contrato de Concesión No. 140 de 1997, suscrita el nueve (9) de enero de dos mil nueve (2009) entre la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV, y RCN TELEVISIÓN S.A. está regulado por la Cláusula 7 del Texto Integrado del Contrato de Concesión y las normas imperativas y subsidiarias pertinentes, de acuerdo con las consideraciones de este Laudo arbitral. En consecuencia, en la forma indicada, prospera la Pretensión PRIMERA PRINCIPAL GENERAL de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV.*

*Segundo.- Declarar que la no entrada en operación de un tercer canal de televisión abierta nacional el primero (1°) de julio de dos mil diez (2010) causó un desequilibrio en la ecuación económica y financiera del Contrato a que se refiere la resolución anterior, que debe ser restablecida en favor de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV. En consecuencia, prosperan las Pretensiones Segunda y Tercera PRINCIPALES GENERALES.*

*Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a RCN TELEVISIÓN S. A. a pagar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV, la suma de treinta y dos mil trescientos sesenta y dos millones setecientos treinta y nueve mil seiscientos sesenta y siete pesos ($ 32.362.739.667), dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo arbitral. A partir del vencimiento de este término, esa suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta que sea legalmente procedente. En consecuencia, prospera la PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL GENERAL".*

**28.-** En lo que tiene que ver con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión, no puede pasarse por alto que en el Laudo del 7 de noviembre de 2012, se condenó al concesionario, pero es pertinente indicar que la condena corresponde exclusivamente al periodo comprendido entre la ocurrencia del hecho imprevisto -la no entrada en operación del Tercer Canal el primero (1°) de julio de 2010- y la anualidad -año 2012- correspondiente a la fecha de expedición del Laudo arbitral respectivo - 7 de noviembre de 2012. Al margen que la metodología utilizada por el Tribunal de Arbitramento se prorrogara hasta el 31 de diciembre de dicha anualidad. Se tomó el valor establecido por el peritaje para calcular el impacto de la no entrada en operación del tercer canal desde el 1° de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, en cuanto asumió que entonces entraría en operación y condenó a RCN a pagar la suma de $ 32.362.739.667,oo.

**29.** Lo anterior permite concluir que en el Laudo del 7 de noviembre de 2012, el Tribunal validó la metodología prevista en el modelo denominado "2009 01 05 (escenario Carrasquilla)". Permitió calcular los efectos por la no entrada en operación del Tercer Canal, simplemente a partir de la modificación de su participación en el mercado de la pauta publicitaria, el cual corresponde a uno de los supuestos considerados en el proceso de valoración respectivo. Encontró probada la existencia y los efectos económicos de la frustrada concreción de las previsiones del Contrato de Concesión por la no entrada en operación del tercer canal hasta el 31 de diciembre de 2012 y por lo tanto impuso una condena solamente hasta esa fecha.

**30.-** La parte convocante informó que a la fecha de presentación de la demanda arbitral, el Tercer Canal no había entrado en operación, por lo que debía ordenarse el restablecimiento de la ecuación contractual, puesto con posterioridad al 31 de diciembre de 2012, el desequilibrio económico continúa, el mismo que deberá ser re-establecido por el Concesionario tomando como base el impacto que dicha circunstancia tiene en la metodología de valoración de la prórroga del Contrato de Concesión, en cuanto no han cambiado los hechos que dan fundamento a dicho reclamo. Lo anterior, si se considera que las partes del Contrato de Concesión establecieron una relación construida a partir de la participación del tercer canal. En efecto, dado que lo ocurrido tuvo que ver con la no entrada en operación del tercer canal en la oportunidad prevista, es posible cuantificar el impacto en el precio final de la prórroga, con posterioridad al 31 de diciembre de 2012.

**31.-** A lo anterior se agrega que, la ANTV ha continuado ejecutando de forma permanente todas aquellas actuaciones administrativas dirigidas a garantizar el ingresó al mercado de la televisión de un tercer agente que compitiera con los Concesionarios, y que, por tal virtud, se materializaran los supuestos contenidos en la prórroga del contrato, al tiempo que para el efecto expidió una serie de normas reglamentarias.

**32**.- Con fundamento en las consideraciones anteriores, recogidas en el Laudo del año 2012, para la convocante, la no entrada en operación del tercer canal desde el 1 ° de enero de 2013, comporta la fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato.

**2. INTERVENCIÓN PASIVA**

**2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Admitida la demanda arbitral el 9 de febrero de 2015 –folio 133 del cuaderno principal- y notificada RCN TELEVISIÓN S.A.[[2]](#footnote-2), a través de su apoderado especial el 2 de marzo de 2015, contestó el 7 de mayo de 2015[[3]](#footnote-3), oponiéndose a las pretensiones –folio 151 del cuaderno uno-. Aceptó unos hechos, negó otros y puso de presente que: i) la Junta Directiva de la CNTV dispuso la prórroga de los contratos 136 y 140 el 5 de agosto de 2008, mediante acta 1438, faltando cuatro meses para el vencimiento del plazo de los 10 años de concesión y ii) el 2 de diciembre, la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI le entregaron a la CNTV el "Informe Final Conjunto" sobre la *"Consultoría para la determinación del Valor de la Prórroga de los Concesionarios de Televisión”* y la viabilidad sobre el valor de la concesión en función de los operadores adicionales.En dicho estudio se analizaron las diferentes variables y supuestos para valorar la prórroga de las licencias de Caracol y RCN, así como el valor de la licencia para nuevos canales privados de televisión. En consecuencia, la CNTV fijó unilateralmente el precio para la prórroga de cada una de las concesiones y del nuevo canal, así:

"*La Junta Directiva determina fijar el precio acogiendo la propuesta de precio y metodología de ajuste del mismo propuesto por el Dr. Alberto Carrasquilla contenido en el anexo 2., de la siguiente manera: Un precio base para los canales RCN y Caracol de $187.184 mil millones de pesos, con un rango cuyo límite inferior es $110.000 mil millones de pesos y cuyo límite superior es $264.367 mil millones de pesos y una metodología de ajuste para el precio final, que sería revisable en 2 años de acuerdo con los resultados reales de la pauta publicitaria. Esta alternativa estaría basada en el comportamiento de la pauta y podría ajustarse aumentando hasta el límite superior o disminuyendo hasta el límite inferior. Para el tercer canal el precio base será de $69.276 mil millones de pesos con inversión en red analógica...". (La subraya no es del texto).*

Recordó que el 8 de enero de 2009, la Junta Directiva de la CNTV resolvió i) otorgar la prórroga de los contratos de concesión 136 y 140 de 1997, ii) ordenó la expedición de los actos administrativos a que hubiere lugar y iii) autorizó la suscripción de los otrosí de prórroga de los contratos de concesión 136 y 140. El 9 de enero de 2009 se suscribió el otrosí número 8 por medio del cual se prorrogó el contrato de concesión. En consecuencia, no hay duda de que el margen de discusión y negociación por parte de los concesionarios fue limitado, pues la CNTV era quien tomaba las decisiones, al punto de que el 7 de enero estableció unilateralmente el precio de la prórroga. El precio de la prórroga y de la licencia de un nuevo operador, lo determinó la CNTV con base en el "Informe Carrasquilla", último que era inferior al previsto inicialmente para las prórrogas en el contrato.

Del mismo informe se desprende que i) el Concesionario pagaría por concepto del precio de la prórroga (cláusula séptima), el 1.5% de la facturación bruta anual del canal y además el pago por uso de frecuencias, sin sobrepasar la suma de $ 264.367MM y no menos de la suma de $110.000'MM, mientras que para el nuevo operador de televisión privada se determinó como precio techo la suma de $ 69.276'MM, y como precio mínimo la suma de $ 28.825'MM. El valor de la pauta en televisión, lo determinaría un tercero-auditor. En consecuencia, al aplicarle la tabla establecida en el denominado escenario Carrasquilla, se estableció que el valor definitivo de la prórroga de la licencia para Caracol y RCN era por la suma de $ 147.436'MM para cada uno, de modo que utilizando el modelo escogido, la CNTV esperaba recibir en el marco de las prórrogas las sumas: $ 147.436'MM de Caracol, $ 147.436'MM de RCN, y $ 38.635'MM del tercer canal, para un total de $ 333'507'MM.

Recordó que el Laudo de 7 de noviembre de 2012 proferido dentro del Tribunal de Arbitramento declaró *"que la no entrada en operación de un tercer canal de televisión abierta nacional el primero (1°) de julio de dos mil diez (2010) causó un desequilibrio en la ecuación económica y financiera del Contrato”* que debe ser restablecida en favor de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV. Como consecuencia, condenó a RCN TELEVISIÓN S.A. a pagar la suma de $ 28.940'MM a precios constantes de 2008, los cuales, actualizados a 31 de octubre de 2011 equivalían a $ 32.362.MM. Lo mismo ocurrió en el proceso arbitral adelantado contra de CARACOL. En resumen, con ocasión de los Laudos proferidos en contra de RCN y CARACOL, la CNTV recibió la suma de $57.880.000.000,oo, por concepto de la no entrada del tercer canal a precios de 2008.

Por consiguiente, la CNTV hoy la ANTV ha recibido el monto esperado como si el tercer canal hubiera comenzado a operar. No obstante, pretende una nueva condena, pero resulta que si se revisan las actuaciones que ha realizado la entidad contratante, después de los Laudos de 7 de noviembre de 2012, encontramos que han transcurrido más de dos años y la ANTV no ha adelantado gestión alguna para entregar la licencia a un nuevo operador que permita el funcionamiento del tercer canal.

A lo anterior se agrega que ANTV no puede alegar su propia culpa, frente a obligaciones que son de su resorte, por lo que no está en condiciones de reclamar un presunto "desequilibrio" o "enriquecimiento sin causa" en contra de la Convocada. En cambio, lo que si es claro es que la Convocada ha desplegado sus mejores esfuerzos para la operación del canal de televisión y en los términos del contrato. También, vale precisar que los distintos estudios muestran que i) las nuevas tecnologías y servicios recogen una parte importante del mercado de la televisión y lo desplazan; i) no es viable la entrada en operación de un tercer canal y iii) el valor de la licencia sería inferior al proyectado por la CNTV, que el cobrado a cada uno de los concesionarios. Por último, advierte que la pretensión por enriquecimiento sin causa, no procede ante la justicia arbitral ni a través de la acción contractual, si se considera que esta debe reclamarse a través de la acción de reparación directa y ante la justicia contenciosa, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

En la misma oportunidad, la convocada propuso las excepciones de i) falta de jurisdicción o Competencia del Tribunal, en cuanto no tiene competencia respecto de algunas de las reclamaciones, las que tiene que ver con el enriquecimiento sin causa, si se considera que no se encuentran comprendidas en el marco de la cláusula compromisoria y ese tipo de pretensión escapa de la órbita de la acción contractual; ii) la justicia arbitral no puede conocer de los actos administrativos dictados por la Comisión Nacional de Televisión, en particular del Acta n.° 1480 de 2009 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y del Pliego de Condiciones, los cuales gozan de presunción de legalidad y son de carácter general; ii) “Falta de derecho del demandante”, en cuanto por vía judicial no puede pretender la modificación de las bases, metodología y modelo que utilizó la CNTV para determinar el precio de la licencia del tercer canal; iii) “Pago”, en cuanto la Convocada pagó el precio de la prórroga de la concesión; iv) “Culpa de la víctima”, pues la convocante fijó la forma en que se establecería el precio del nuevo canal de televisión privada; v) “Desconocimiento del acto propio”, en cuanto la CNTV no ha gestionado lo que le corresponde parar la entrada en operación el tercer canal; vi) “Inexistencia de responsabilidad de la Convocada”, pues la entrada en operación del tercer canal, no era una situación que estuviera bajo su control, si se considera que la Convocante tenía la autonomía, potestad y facultad legal de adjudicar licencias adicionales para la operación y explotación de los canales de televisión; vii) “Prescripción o Caducidad”, el desequilibrio que se reclama se encuentra prescrito por el transcurso de tiempo; viii) “Cosa juzgada”, fundada en que este asunto ya fue resuelto a través de una decisión judicial que se encuentra ejecutoriada y por cuenta de la misma, el concesionario pagó en exceso lo que le correspondía y ix) excepción de contrato no cumplido, en cuanto la CNTV no ha adoptado las medidas necesarias que se encuentran bajo su control, para otorgar la licencia a un nuevo operador de televisión privada en los términos de la Ley 182 de 1995.

**2.2. DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

En la misma oportunidad procesal, RCN TELEVISIÓN S.A. presentó demanda de reconvención –folio 179 del cuaderno principal- contra la ANTV para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERA:*** *Que se declare que para fijar el precio de un nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal", la CNTV (hoy ANTV) usó el mismo modelo, metodología y supuestos que utilizó para fijar el precio de prórroga de las licencias de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.*

***SEGUNDO:*** *Que se declare que la forma y variables utilizadas para determinar el valor de la Licencia del nuevo operador de televisión privada, denominado “tercer canal", fueron las mismas que se utilizaron para determinar el valor de la prórroga de las licencias de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.*

***TERCERO:*** *Que se declare que el valor que esperaba obtener la CNTV (hoy ANTV) como precio por la concesión del nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal", dependía del valor de la pauta, y por ello el valor de dicha Licencia fluctuaba entre un precio máximo de $69.276.000.000 y un precio mínimo de $28.825.000.000.*

***CUARTO:*** *Que se declare que conforme a lo establecido en el modelo y la Licitación Pública 001 de 2009, la CNTV (hoy ANTV) esperaba obtener como precio de la concesión del nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal", la suma de $38.635.000.000, o la que se determine en el proceso.*

***QUINTO:*** *Que se declare que RCN Televisión S.A. ya ha pagado a la CNTV (hoy ANTV), por la no entrada del nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal", la suma de $28.940.000.000, a pesos constantes de 2008, o la que se determine dentro del proceso.*

***SEXTO:*** *Que se declare que la CNTV (hoy ANTV) ya recibió por concepto de la no entrada de un nuevo operador de televisión privada, también denominado como tercer canal, la suma de $57.880.000.000 a precios constantes de 2008, o la que se determine dentro del proceso.*

***SÉPTIMO:*** *Que se declare que RCN Televisión S.A. ha pagado en exceso, una suma superior a la que la CNTV (hoy ANTV) esperaba obtener por concepto del valor de la concesión del nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal".*

***OCTAVO:*** *Que se condene a la CNTV (hoy ANTV) a restituir a favor de RCN Televisión S.A. el mayor valor pagado por concepto de la no entrada en operación del nuevo operador de televisión privada, denominado como "tercer canal", por la suma de nueve mil seiscientos veintidós millones quinientos mil pesos ($9.622.500.000) a pesos constantes de 2008, o por el valor que se determine dentro del presente proceso, o en la forma en que lo determine el Tribunal.*

***NOVENO:*** *Que se condene a la CNTV (hoy ANTV) a que la suma de condena de la pretensión Séptima se actualice, según el IPC, desde 2008 y hasta la fecha de pago en exceso por parte de El Concesionario, o en la forma que lo determine el Tribunal.*

***DÉCIMO:*** *Que se condene a la CNTV (hoy ANTV) a pagar sobre la anterior suma los intereses comerciales causados desde la fecha de pago en exceso, y hasta el pago efectivo, o en la forma en que lo determine el Tribunal.*

***UNDÉCIMO:*** *Que se condene en costas a la CNTV (hoy ANTV).*

Como respaldo de sus pretensiones puso de presente los hechos que se resumen a continuación:

1º. Mediante contrato 140 de 26 de diciembre de 1997, las partes acordaron el "Otorgamiento de la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada NT”, sobre el cual se pactaron diez Otrosíes.

**2º.** El Concesionario inició operaciones el 11 de enero de 1999 y aunque se convino un plazo inicial en 10 años, el 6 de agosto de 2007 el representante legal de RCN Televisión S.A. solicitó a la Comisión Nacional de Televisión prorrogarlo por 10 años más. El 1 de julio de 2008, el Concesionario presentó observaciones al proyecto de acuerdo de "reglamento para la prórroga de los contratos de concesión de los canales nacionales de operación privada". Sin embargo, el 17 de julio siguiente se profirió el Acuerdo 003, por el cual Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión adoptó el reglamento para la prórroga.

**3º**. El 2 de diciembre de 2008, la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI le entregaron a la CNTV el *"Informe Final Conjunto"* de la "Consultaría para la determinación del valor de la prórroga”. En dicho estudio se analizaron las diferentes variables para valorar las prórrogas de las licencias otorgadas a Caracol y RCN, así como el valor de la licencia para nuevos canales privados de televisión. No obstante, el 7 de enero de 2009, Alberto Carrasquilla presentó a la CNTV, en calidad de asesor financiero, un memorando denominado el "informe Carrasquilla", en donde se analizó la valoración efectuada por las bancas de Inversión. Paralelamente, propuso una serie de modificaciones y alternativas para determinar el valor de las prórrogas y el de la entrada en operación del tercer canal. Con fundamento en el mismo informe, en acta 1480 de la fecha, la Junta Directiva de la CNTV fijó el precio para la prórroga de cada una de las concesiones (136 y 140 de 1997) y además determinó el precio del nuevo canal (tercer Canal), como quedó expuesto. Acto seguido, el 9 de enero de 2009, suscribió el otrosí número 8 por medio del cual prorrogó el contrato de concesión número 140 de 1997 y dispuso integrarlo con el texto del contrato de concesión.

**4º.** Lo anterior deja al descubierto que en lo que se refiere a las prórrogas de los contratos de concesión 136 y 140 de 1997, es posible concluir que el margen de negociación entre los extremos contractuales fue limitado y ello obedeció al vencimiento del plazo inicial del contrato. También se encuentra que el precio de la concesión lo determinó la CNTV el 7 de enero de 2009, el 8 de enero de 2009 se resolvió conceder la prórroga y el 9 de enero se suscribió con la convocada el otrosí respectivo. Adicionalmente, tanto el precio de la prórroga y el de la licencia de un nuevo operador lo determinó la CNTV con base en las variables y la metodología adoptada en el denominado "Informe Carrasquilla". El 22 de abril de 2009 la CNTV presentó el denominado "Proyecto de pliego de condiciones, concesión para la operación y explotación del canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional".

**5º.** Ahora, mediante Resolución 1210 de 29 de octubre de 2009 la CNTV ordenó: (i) la apertura de la licitación 001 de 2009, (ii) la publicación del pliego de condiciones de dicha licitación y (iii) el cronograma de la misma, donde informó que la audiencia pública de adjudicación se llevaría a cabo el 29 de enero de 2010.

**6**º. Si se comparan los supuestos, variables, metodología y modelo para determinar el precio del tercer canal, se constata que es igual al que se utilizó para determinar el valor de las prórrogas de los contratos de concesión suscritos con Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Lo que los distingue es que para la concesión de la prórroga de Caracol y RCN se determinó como precio techo la suma de $264.367-MM y como precio mínimo la suma de $110.000-MM, mientras que para el nuevo operador de televisión privada se determinó como precio techo la suma de $69.276-MM, y como precio mínimo la suma de $28.825-MM. El valor de la pauta de televisión lo determinaría un auditor y con base en dicho valor se establecería el valor final para cada una de las concesiones.

**7**º. La fijación del valor neto en publicidad se encontraba a cargo de la firma auditora "Ernst & Young Audit Ltda.", quien el 7 de enero de 2011, determinó que el valor de la INPTV para el periodo 2009-2010, era de $ 1.777.577.390,oo a precios constantes de 2008.

8º. Aunque el Laudo de 7 de noviembre de 2012, declaró el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por la no entrada en operación del tercer canal de televisión el 1º de julio de 2010 y se condenó a cada uno de los concesionarios a pagar la suma de $ 28.940-MM a precios constantes de 2008, los cuales actualizados a 31 de octubre de 2011 equivalían a $32.362-MM, por lo que la CNTV recibió de los dos concesionarios (Caracol y RCN) la suma de $57.880.000.000 a precios del 2008. A juicio de la convocada, la CNTV recibió en exceso la suma de $19.245.000.000, si se considera que la propia CNTV había determinado que cómo valor de la licencia del nuevo operador privado recibiría la suma de $38.635'MM a precios constantes de 2008, lo que comporta que cada concesionario pagó en exceso, la suma de $9.622.500.000 también a precios constantes de 2008.

8.- Por último, puso de presente que la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- es el sucesor de los derechos, obligaciones y posición contractual que ostentaba la Comisión Nacional de Televisión, en los términos de la Ley 1507 de 2007.

**2.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Mediante acta n.° 4, auto n.° 4 de 18 de junio de 2015, el Tribunal de Arbitramento admitió la demanda de reconvención –folio 217 del cuaderno principal-. Oportunamente, el 23 de julio de 2015, la Autoridad Nacional de Televisión ANTV, mediante apoderado debidamente constituido, la contestó para proponer como excepciones: i) Cosa juzgada; ii) las que denominó ausencia de identidad de causas y de identidad de variables para la valoración de la concesión del tercer canal y iii) pago en exceso.–folio 224 del cuaderno principal-..

**3. LAUDO ARBITRAL**

EL Laudo Arbitral fue proferido el 26 de octubre de 2016 –folio 381 del cuaderno principal-.

Inicialmente el tribunal reafirmó su competencia fundada en los artículos 3º, inciso 4º del acto legislativo n.° 3 de 2002 que sustituyó el artículo 116 de la C.P. y el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y en la cláusula compromisoria contenida en el contrato n.° 140 de 1997. Al tiempo se pronunció sobre las excepciones propuestas por la parte convocada y las propuestas a la demanda de reconvención, las mismas que resolvió negarlas por no encontrar mérito para declararlas probadas.

**3.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXCEPCIONES**

1.- Sobre la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la convocada –RCN- fundada en que la pretensión de enriquecimiento sin causa no se encuentra comprendida dentro de la cláusula compromisoria y la de “Cosa juzgada-Falta de competencia” formulada por la ANTV demandada en reconvención, en cuanto lo que se pretende es impedir que la convocante reciba las sumas a que tiene derecho; de entrada sostuvo que las diferencias sometidas a la decisión arbitral giran en torno a asuntos de naturaleza económica o patrimonial susceptibles de disposición y transacción, que tienen origen en una relación contractual específica, singular y concreta, conforme da cuenta la cláusula compromisoria:

*CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA TERCERA- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato relacionada con el mismo se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido la designación de estos se efectuará por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo entre árbitros de la lista “A” de dicho centro; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal causales y efectos de la cláusula de caducidad”*

2.- Para el Tribunal, las pretensiones principales de la demanda instaurada por la ANTV están encaminadas a que se declare la fuerza de la cosa juzgada del Laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012. Mismo que declaró la existencia del desequilibrio económico del contrato, con ocasión de la no entrada en operación del tercer canal frente al periodo analizado -1º de julio de 2010 y 31 de diciembre de 2012-, al tiempo que condenó al pago del mayor valor de la prórroga por la no entrada en operación del tercer canal.

*“De entrada, el comprensivo alcance de la cláusula compromisoria referida permite al Tribunal corroborar que tanto las pretensiones formuladas en la demanda principal, como las impetradas en la de reconvención, tal como fueron planteadas por las partes en ejercicio de su legítimo derecho de configuración de delimitación del litigio, se encuentran comprendidas dentro de aquellas materias sobre las cuales versa la habilitación en sede arbitral para administrar justicia conforme al pacto arbitral recién transcrito, y conducen, como pasa a reseñarse, a la desestimación de las excepciones propuestas por ambas acerca de este particular.*

*(…)*

*Advierte el Tribunal, (….) que el planteamiento de todas las pretensiones de la demanda principal, comprendidas las subsidiarias sobre las que específicamente recae el reparo en materia de competencia, está propuesto por la convocante en el marco de aspectos que se vinculan a la ejecución del contrato, y de cualquier manera relacionados con él, por lo que, desde esta perspectiva, están formalmente cobijados por el pacto arbitral del que deriva la competencia del Tribunal. Es que el pacto arbitral –itérase-, en su clara expresión literal, que corresponde a la intención de las partes en la medida en que no se acreditó una diferente, habilita el conocimiento de “Toda controversia o diferencia* ***relativa a este contrato o relacionada con el mismo (…)”*** *(Destacado fuera del texto). Se aprecia incuestionable la competencia del Tribunal para conocer de distintos tópicos comprendido en el amplio haz de mecanismos de que hoy se dispone en la legislación para controlar la actividad contractual del Estado, ello, por supuesto, dentro de los parámetros de transigibilidad impuestos por el legislador.*

*Y en la misma línea de sustento de la conclusión del Tribunal, es importante señalar que este proceso se adelantó en vigencia de la Ley 1437 de 2011 –CPACA- normativa procesal también susceptible de consideración en este aspecto por no existir norma expresa que regule la materia ni en el Estatuto Arbitral ni en el Código General del Proceso, la cual, de un lado, eliminó el término acción, para referirse con mejor técnica procesal a los medios que estableció para el control de la actividad de la administración y de otro, autorizó expresamente la acumulación en una misma demanda de pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, siempre que no sean excluyentes entre sí (…). Este contenido normativo permite superar la prohibición que existía en la jurisprudencia del Consejo de Estado de acumular la acción contractual con la acción de enriquecimiento sin causa, prohibición que a su vez servía de fundamento a la conclusión de proscribir, bajo esta perspectiva, el conocimiento por parte de los tribunales de arbitramento de la acción de enriquecimiento sin causa”*

3.- A su juicio, estas consideraciones son suficientes para la competencia del panel arbitral. Además, en relación con la excepción planteada por la convocada, el mismo juez arbitral corroboró que las pretensiones de la demanda, tanto las principales como las subsidiarias no cuestionan la legalidad de actos administrativos generales o particulares de naturaleza contractual, lo que hace innecesaria cualquier consideración relacionada con la competencia de los árbitros para conocer de los efectos económicos de algunos actos proferidos con ocasión de la actividad contractual. Por último, para establecer si las pretensiones de la demanda de reconvención atentaban o no contra la cosa juzgada, correspondía resolver el fondo del asunto.

4.- Sobre la cosa juzgada planteada por ambos extremos procesales en las distintas oportunidades, el Tribunal encontró acertado considerar que para que la cosa juzgada de una sentencia judicial o laudo arbitral produzca efectos en el pleito posterior, le corresponde al fallador establecer si existe una triple identidad procesal (identidad de partes, de objeto y de causa): *“Tomando como base las directrices legales y jurisprudenciales apuntaladas en el marco conceptual que acaba de reseñarse, es evidente, entonces, que la naturaleza del tema que en este momento ocupa la atención del Tribunal, relativo a la determinación de la existencia –o no- de cosa juzgada en el presente proceso arbitral, según lo que cada parte invoca al respecto, impone la tarea de verificación de la triple identidad procesal (identidad de partes, de objeto y de causa) lo cual necesariamente exige la verificación de las piezas relevantes del trámite arbitral anterior que se invoca para esos efectos, en el que la decisión de fondo consta en el Laudo de fecha 7 de noviembre de 2012”*.

En ese orden, se ocupó de referenciar los contenidos relevantes de las piezas procesales del litigio anterior:

*“De conformidad con las consideraciones precedentes, para el Tribunal es claro, entonces, de cara a la definición jurídica que le corresponderá efectuar de las pretensiones y excepciones de cosa juzgada planteadas en este trámite arbitral, que lo decidido y fallado en el Laudo de 7 de noviembre de 2012, consistió, para expresarlo en su contenido esencial, en el reconocimiento de la procedencia del restablecimiento del equilibrio en la ecuación económica y financiera del contrato a favor de la CNTV –hoy ANTV-, y a cargo del Concesionario, para un periodo de tiempo preciso y determinado (hasta el 31 de diciembre de 2012), en razón a haber encontrado acreditados los requisitos respectivos, entre ellos, valga resaltarlo, que para ese momento temporal específico la no entrada en operación del tercer canal en la fecha prevista (julio 1º de 2010) se debió a ciertos y determinados hechos y circunstancias que el laudo ponderó desde la óptica de la actuación de las partes y consideró no imputables a la CNTV”*

Al tiempo que:

*“Es claro y evidente para el Tribunal que lo decidido y fallado en el Laudo de 7 de noviembre de 2012 recayó, de manera delimitada y concreta, sobre el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato hasta una determinada fecha –diciembre 31 de 2012-, luego de haber verificado el panel arbitral respectivo la concurrencia, para ese preciso momento temporal, de los elementos y requisitos que entendió necesarios para su configuración y reconocimiento. Lo que no quedó definido ni fallado en dicho laudo, y por lo mismo mal podría hablarse de cosa juzgada sobre el particular, es que el referido restablecimiento económico deba o no reconocerse hacia adelante en el tiempo –como si se tratara de una especie de habilitación automática del fallo arbitral hacia el futuro- frente a cada anualidad sucesiva del Contrato cuya ejecución tenga lugar con la entrada en operación del tercer canal.*

*(…)*

*Como ya lo puntualizó el Tribunal, el derecho reconocido a la CNTV –hoy la ANTV- en el Laudo de 7 de noviembre de 2012, sobre lo cual, sin lugar a hesitación alguna, pesa el sello de la cosa juzgada, es al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato por el periodo comprendido de julio 1º de 2010 a diciembre 31 de 2012. Empero, se insiste, no hubo en dicho Laudo un reconocimiento del derecho a dicho restablecimiento para posteriores periodos temporales (a partir del año 2013), frente a lo cual, desde luego, nada decidió, y es, precisamente, la cuestión planteada por la parte convocante en el presente trámite arbitral”*

5.- En cuanto al argumento de la parte convocada y demandante en reconvención, que atañen a la que denominó “COSA JUZGADA–FALTA DE COMPETENCIA”, estructuradas a partir del hecho mismo del pago, que en sentir de la convocada se tornó excesivo, a juicio del tribunal no puede soslayarse que el Laudo de 7 de noviembre de 2012, fue previo al pago, por lo que desde el punto de vista factico se agotaron en momentos distintos, pero *“Lo anterior, sin embargo, no significa que en el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención, este Tribunal no deba tener en consideración, en cuanto lo estime pertinente y relevante, el alcance, con su respectivo carácter vinculante, de la condena impuesta al Concesionario en el Laudo de noviembre 7 de 2012, origen del pago que se invoca como excesivo por la Convocada”*.

6.- En cuanto a otros argumentos propuestos por cada uno de los extremos procesales que no comportan verdaderas excepciones ni tienen la virtualidad de enervar las pretensiones de la demanda principal y la de reconvención, sostuvo el tribunal:

*A esta altura del análisis, anunciadas -como están- las conclusiones del Tribunal respecto de las pretensiones formuladas tanto en la demanda principal como en la de reconvención, corresponde hacer el pronunciamiento relativo a las excepciones propuestas en las respectivas contestaciones de aquellas demandas.*

*Para el efecto, el Tribunal estima pertinente anotar que tiene sentido no perder de vista la aplicación de conocidas pautas de estirpe procesal que apuntan a señalar que cuando el operador judicial se ubica en un escenario en el que no tienen verificación los supuestos requeridos para la prosperidad de las pretensiones, en estricto rigor no hay lugar a la consideración individual de los medios exceptivos propuestos, respecto de los cuales basta, simplemente, un pronunciamiento de ese talante, tal como lo ha sostenido en varias ocasiones la jurisprudencia arbitral, con apoyo en antiguo planteamiento doctrinal según el cual "Salvo las del proceso ejecutivo, las excepciones se deciden en la sentencia final. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva y decidir sobre ellas en la parte resolutiva, siempre que encuentre acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por la ausencia de cualquiera de ellos (...). Sobre este punto dice la Corte: El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión) (XLVII, 616)". Incluso, en la misma línea de argumentación, cuando en la estructuración de la defensa se formula a manera de excepción lo que en verdad corresponde a la oposición o negación misma de la pretensión, y ésta no está llamada a tener éxito, es la desestimación del petitorio lo que realmente prevalece, más que la prosperidad del medio exceptivo propuesto.*

*En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta que en este Laudo ya se consideraron de manera expresa, porque era imperativo hacerlo por adelantado, las excepciones vinculadas a la competencia del Tribunal y a la institución de la cosa juzgada, tanto las propuestas por la Sociedad Convocada respecto de la demanda principal, como las formuladas por la Convocante en relación con la demanda de reconvención. En las primeras están comprendidas las planteadas bajo la denominación de "falta de jurisdicción y/o competencia", "ausencia de causa" y "cosa juzgada"; en las segundas, la invocada con el rótulo de "cosa juzgada - falta de competencia".*

**3.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO**

En lo que tiene que ver con el fondo del asunto, en especial sobre el hecho invocado como generador del desequilibrio contractual, a juicio del Tribunal i) las partes aceptan que a la fecha no ha entrado en operación el tercer canal; ii) aunque al momento de concertar las prórrogas se tuvieron en cuenta entre otros aspectos el valor de la inversión neta en publicidad para televisión -durante el periodo que se previó para el efecto -, articulada con el hecho de que tres canales de televisión competirían por esa pauta a partir del 1° de julio de 2010 y ello se acompasaba con el equilibrio prestacional previsto en el Contrato; la no entrada en operación del tercer canal comportó alterar, en contra de la ANTV, la equivalencia entre derechos y obligaciones que la Concedente tuvo en cuenta al momento de celebrar las prórrogas, por lo que los Canales Incumbentes se han visto favorecidos, pues la competencia se ha dado entre dos operadores y no entre tres. Empero, ello no es suficiente para la aplicación del principio del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, cuando el hecho que genera el desequilibrio es imputable a quien lo alega en su favor; iii) la ANTV resolvió que Colombia tendría un tercer canal privado de operación nacional, cuya licitación sería abierta en el año 2008. La Junta Nacional de Televisión de la ANTV conservaría la competencia para adjudicar el contrato, asignar el espectro radioeléctrico y la concesión de los espacios de televisión. Ahora, su no entrada en operación constituye la fuente del desequilibrio financiero y, aunque la ANTV asegura que ha continuado ejecutando todas aquellas actuaciones administrativas dirigidas al ingresó al mercado de un tercer agente que compita en forma directa con los Concesionarios, lo cierto es que a pesar de que la ANTV dio apertura al Concurso de Méritos n.° 001 el 25 de julio de 2012, el mismo fue declarado desierto a través de la Resolución 94 de 2012. Igual suerte corrió el Concurso de Méritos n.°003 de 19 de septiembre de 2012 y luego de la condena impuesta mediante Laudo de 7 de noviembre de 2012, solo se llevó a cabo la celebración del contrato interadministrativo n.° 048 de 2013, suscrito con la Universidad Nacional de Colombia, cuyo objeto tendría que ver con la estructuración jurídica, técnica, financiera y económica de la operación de los contratos de concesión, incluyendo el correspondiente al tercer canal. Además, recordó que en relación con la licitación 002 de 2010, ésta fue cuestionada a través de dos procesos, el primero que corresponde a una acción de nulidad presentada el 23 de junio de 2010 contra el pliego de condiciones, concretamente el punto 4.11, suspendido provisionalmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto de 19 de julio de 2010 y posteriormente anulado en sentencia de 14 de febrero de 2012, por violación de los principios de conformación de precios y de selección objetiva. El segundo proceso corresponde a la Acción Popular promovida el 18 de junio de 2010, encaminada a la protección de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, con ocasión de las irregularidades contenidas en el proceso licitatorio 002 de 2010.

Recordó que a juicio del Laudo de 7 de noviembre de 2012, la no entrada en operación del tercer canal el 1° de julio de 2010 no era atribuible a la CNTV, en cambio sí tenía que ver con las decisiones del Consejo de Estado en el ámbito de la acción de nulidad y de la acción popular, que comportaban la causa determinante para su no entrada en operación. En consecuencia, reconoció la existencia del desequilibrio para el período comprendido entre el 1° de julio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012. Se ordenó el restablecimiento de la ecuación financiera del Contrato, que estimó alterada durante el período de la prórroga.

Cabe recordar que la conclusión contenida en el Laudo de 7 de noviembre de 2012 en el sentido de que "no se demostró culpa de la CNTV en este trámite", se obtuvo del recuento de los estudios realizados por la Convocante para adelantar la licitación y del análisis de las decisiones judiciales adoptadas en el proceso de nulidad del punto 4.11 del pliego de condiciones.

Advierte el Tribunal que a pesar de que en este proceso, la controversia se centra en la no adjudicación del tercer canal, en el periodo posterior al examinado y decidido en el Laudo de 2012, necesariamente deberá hacerse referencia al proceso licitatorio 002 de 2010 a la luz de la decisión adoptada, para de ese modo justificar el hecho de que hasta la fecha no se haya realizado la adjudicación. Ahora, sin intromisión en el ámbito temporal juzgado por el Laudo de 7 de noviembre de 2012, el análisis, se centrará en dos actuaciones básicas y posteriores al Laudo de noviembre de 2012, a saber: el contrato interadministrativo 048 de 2013 suscrito con la Universidad Nacional y su desarrollo y, los actos de ejecución de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2014, en el marco de la acción popular aludida.

En lo que tiene que ver con el contrato interadministrativo 048 de 2013 celebrado entre la Autoridad Nacional de Televisión y la Universidad Nacional, suscrito con miras a establecer las condiciones para adelantar el proceso licitatorio para la adjudicación del tercer canal, dieron cuenta distintos testigos, quienes pusieron de presente que luego de la entrega de los diferentes estudios elaborados por la CNTV, era necesario verificar nuevamente las circunstancias actuales del mercado, para determinar si había lugar a la entrada de nuevos canales. En suma, el Tribunal observó que, el contrato con la Universidad Nacional arrojó resultados un año después del Laudo de 7 de noviembre de 2012 y mostró la insuficiencia de condiciones, para adelantar el proceso de licitación del tercer canal. Destacó la dificultad técnica, dada la carencia de disponibilidad de frecuencias que debían solventarse para la adjudicación del tercer canal, situación que según el desarrollo de la reunión de la Junta Nacional de Televisión llevada a cabo el 29 de agosto de 2013, se conocía por las autoridades funcionalmente involucradas, directa o indirectamente, con el tema.

En lo que tiene que ver con la acción popular, el Laudo impugnado observó: i) que la Acción Popular fue promovida en contra de la CNTV por el señor Hermann Gustavo Garrido Prada el 18 de junio de 2010, para la protección de los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, fundada en las irregularidades presentadas en la licitación 002 de 2010 y ii) esta acción fue decidida el 27 de marzo de 2014 por la Sección Tercera-Subsección A- del Consejo de Estado, adicionada y aclarada en providencia de 16 de junio de 2014. Sin embargo, la incidencia que tuvo la no entrada en operación del tercer canal, solo fue analizada en el Laudo de 7 de noviembre de 2012, pero limitado a los efectos del período contractual entre el 1º de julio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012, cuyo restablecimiento económico fue examinado y reconocido. Luego, procedió a analizar el incumplimiento de las órdenes adoptadas, que condujeron a la no entrada en operación del tercer canal durante el periodo comprendido a partir del 1º de enero de 2013 y la fecha del Laudo ahora impugnado y su repercusión, susceptibles de generar el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Precisó el Tribunal que en el ámbito de la acción popular se pretendía, por un lado suspender la licitación 02 de 2010 y por otro, adoptar las medidas necesarias para que en el nuevo proceso licitatorio se garantizara los principios de transparencia y selección objetiva. Esto porque con ocasión del proceso licitatorio 002 de 2010, la Comisión Nacional de Televisión incurrió en irregularidades consistentes en:

*“I) estimar y asignar los riesgos sin consultar las condiciones del mercado del servicio público de televisión, introduciendo tratos discriminatorios frente a los concesionarios actuales; II) adelantar el proceso licitatorio para la concesión del tercer canal en frecuencias UHF, cuando en realidad su intención era reasignarle al concesionario, después de la adjudicación, la frecuencia del canal 13 asignada al operador público Tevé-andina; III) hacer caso omiso de las reglas del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, conforme con las cuales debió permitir la inscripción de nuevos interesados, incentivar una mayor concurrencia de oferentes y asegurar la obtención de la mayor cantidad de ingresos posibles para el fondo estatal; IV) establecer un precio base para la concesión que, además de inferior al estimado para la prórroga de las concesiones vigentes, no incluye los costos de la reasignación del canal 13 operado en Very High Frequency-VHF y se funda en estudios errados, como lo habrían advertido los órganos de control; v) no atender adecuadamente las observaciones y cuestionamientos de los inscritos sobre la falta de transparencia del proceso y ausencia de reglas, propiciando su retiro de la licitación y vi) permitir que quien fuera Director continuara ejerciendo sus funciones en el proceso licitatorio, después de vencido el periodo para el cual fue elegido".*

*Bajo ese marco táctico, el Consejo de Estado analizó la pretendida vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión de las actuaciones surtidas en la licitación pública 002 de 2010 para la adjudicación del "contrato de Concesión para la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No. 3".*

*Al decidir el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sección Tercera - Subsección A - del Consejo de Estado la revocó por cuanto encontró demostrada la vulneración de los derechos colectivos denunciados, y para su protección dispuso el cumplimiento de varias órdenes:*

*"PRIMERO: AMPARAR los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados en el proceso licitatorio adelantado por la Comisión Nacional de Televisión con el objeto de dar en concesión la operación privada del tercer canal de televisión nacional, con la aquiescencia del Ministerio de la Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, conforme con las razones consignadas en las consideraciones de esta providencia.*

*(…)*

*Reconvenir a la Comisión Nacional de Televisión, hoy la Autoridad Nacional de Televisión, para que en lo sucesivo se abstenga de continuar, reiterar o persistir en la concesión de nuevos canales de televisión de operación privada en condiciones irregulares semejantes o equivalentes a las acreditadas en esta providencia, o cualquiera otra que sea contraría a los fines constitucionales y legales.*

*Dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la Autoridad Nacional de Televisión, en su calidad de entidad pública responsable de las concesiones para el servicio público de televisión, de conformidad con la Ley 1507 de 2012, adoptará todas las decisiones que sean necesarias para hacer cesar los efectos de la licitación pública n.° 002 de 2010 abierta por la Comisión Nacional de Televisión, por las irregularidades contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público en que incurrió, conforme con lo expuesto en esta providencia. Esta medida proceder en caso de que aún la entidad no hubiere dispuesto medidas con efectos similares o equivalentes a los aquí señalados.*

*La Comisión de Regulación de Comunicaciones dará prioridad en su agenda regulatoria, para que en un término máximo de ocho meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expida las normas generales qué son necesarias para definir los aspectos relativos a la organización del mercado, en especial las que tocan con las condiciones para la entrada de los nuevos operadores, a la información relevante para el adecuado funcionamiento del mercado, al acceso a las redes y los aspectos generales de la prestación del servicio, con sujeción a las funciones de que tratan las leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012. Todo con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia, el pluralismo informativo y controlar las prácticas monopolísticas.*

*La Agencia Nacional del Espectro definirá en un plazo máximo de seis meses, contado desde la ejecutoria de esta sentencia, lo relativo al registro público de las frecuencias, de manera que permita dar cuenta de la asignación y disponibilidad de las mismas, con sujeción al artículo 27 de la Ley 182 de 1995.*

*El Ministerio de las Tecnologías y de la Información y de las Comunicaciones, la Autoridad Nacional de Televisión, la Agencia Nacional del Espectro y el operador público Tevé-andina conformarán un Comité a través del cual se revisará la reasignación del Canal 13 decidida por la Comisión Nacional de Televisión, a la que se refiere esta sentencia, con la finalidad de establecer su viabilidad y efectos respecto del operador público y la prestación del servicio, debiendo adoptar todas las medidas que sean pertinentes para dejarla sin efectos, en caso de establecerse la afectación de la autonomía, la prestación del servicio, el patrimonio o cualquier otro interés legítimo del operador público. En caso de encontrar adecuado el cambio de las frecuencias asignadas, exclusivamente por las decisiones relacionadas con el plan de digitalización, deberán dar cuenta detallada de todos los aspectos de esa conclusión, señalando los análisis realizados y los resultados obtenidos, los efectos de la decisión, el cronograma para su realización, estado de avance y, en general, de todas las razones o motivos que tuvieron en cuenta para esa decisión, de lo cual se deberá informar ampliamente a la opinión pública. Esta orden deberá cumplirse en un término máximo de tres meses contado desde la fecha de ejecutoria de esta decisión, respetando el ámbito de autonomía de cada una de las entidades integrantes del Comité.*

*La Autoridad Nacional de Televisión deberá abstenerse de abrir convocatorias, licitaciones o cualquier otro proceso con el fin de adjudicar frecuencias para la operación privada del servicio público de televisión nacional abierta, hasta tanto no sean cumplidas las órdenes impartidas en los numerales anteriores.*

*(…)*

En consecuencia, aunque la parte convocante consideró que la no entrada en operación del tercer canal comportó la génesis del rompimiento del equilibrio económico del contrato, reprochó que la CNTV no hubiera expedido la reglamentación general para que en igualdad de condiciones rigiera la entrada de nuevos operadores, incumpliendo el deber de planeación debido a la ausencia de reglas generales definidas previamente, según da cuenta la sentencia proferida en el ámbito de la acción popular.

Aunque destacó el cronograma de actividades adelantadas por la Convocante para dar cumplimiento a la citada sentencia, en todo caso concluyó que las actuaciones realizadas por la ANTV después del Laudo de 7 de noviembre de 2012 para la adjudicación del tercer canal se concretaron en la realización del estudio respectivo en los términos del contrato interadministrativo 048 de 2013, celebrado con la Universidad Nacional, por lo que puso en cuestión si tales actuaciones eran suficientes para considerar que la no entrada en operación del tercer canal resultaba ajena y no era imputable a la Convocante.

Advirtió que entre el Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 transcurrieron 16 meses, en los que la única actuación con miras a lograr la adjudicación del tercer canal correspondió a la contratación y ejecución del contrato interadministrativo n.° 048 de 2013, suscrito con la Universidad Nacional, de modo que no hay prueba de que en el período previo a la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014, se hubiera realizado alguna otra actuación tendiente al adelantamiento del proceso licitatorio, incluidas las gestiones relacionadas con la liberación de frecuencias, dentro del propósito de lograr la operación de un tercer canal de televisión privada nacional. Labor que, consistía en llevar a buen término el proceso licitatorio para su adjudicación. Aunado a que era de conocimiento de la Junta Nacional de Televisión, la falta de frecuencias disponibles para el efecto. Tampoco perdió de vista, que la sentencia de 27 de marzo de 2014, generó un significativo retraso en el adelantamiento de los trámites administrativos a cargo de la ANTV para la adjudicación del tercer canal, pues no tiene discusión que el cumplimiento de lo ordenado en esa providencia necesariamente conducía a la imposibilidad de avanzar ágilmente en la estructuración del proceso licitatorio. Sin embargo, el hecho de no haber entrado en operación el tercer canal no es atribuible a un tercero, que explique lo ocurrido, como pasa a exponerse.

Para el juez arbitral, las omisiones de la convocante dieron origen a las decisiones judiciales contenidas en el marco de la acción popular, al punto que el juez constitucional declaró la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Sin perjuicio, de que está probado que para el adelantamiento de los procedimientos legales para la adjudicación del tercer canal, las autoridades debieron solventar las órdenes impartidas por el Consejo de Estado. Además la prueba de la vulneración del derecho o interés colectivo, justificaba la emisión de órdenes de cautela y también la sentencia que impuso medidas para la protección del derecho colectivo. Entonces, la ANTV era la principal destinataria de las órdenes dadas por el juez popular. Se le ordenó cesar los efectos de la licitación pública 002 de 2010. Se le ordenó que junto con el Ministerio de las TIC, la Agencia Nacional del Espectro y el operador público Tevé-andina, conformaran un comité para revisar la reasignación del Canal 13 con la finalidad de establecer su viabilidad. Se le ordenó expedir la normatividad general de que tratan las disposiciones del literal e) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, relativas al otorgamiento y prórroga de las concesiones para la explotación del servicio público de televisión nacional de operación privada y se le ordenó adelantar lo relativo a la apertura del proceso para la respectiva concesión.

Las consideraciones que se dejan expuestas condujeron al juez arbitral a concluir que la alteración del equilibrio económico del contrato no es atribuible a un factor ajeno a la órbita de actuación exigible a la parte que reclama su restablecimiento, en tanto el análisis del material probatorio permitió arribar a las siguientes conclusiones:

*“Para este Tribunal Arbitral, la apreciación del fallo en cuestión, ineludible en- cuanto a su alcance formal y material, debe ser panorámica e integral, y así considerada conduce a la conclusión sentada líneas atrás: conforme a lo expuesto y decidido en el pronunciamiento del Consejo de Estado de marzo 27 de 2014, el hecho generador del desequilibrio económico que en este proceso se reclama, de cara al período que es relevante en el presente trámite -vale decir, desde enero de 2013 en adelante-, no tiene una fuente exógena, como que, en los términos de esa decisión, quedó negativamente comprometida la valoración de conductas ubicadas en la esfera de las funciones de la ANTV, con efectos que se surten e inciden en el período relevante en cuestión.*

*Y en adición a lo que probatoriamente representa, para todo el período de valoración relevante en el presente proceso (enero de 2013 en adelante), la motivación de que da cuenta la sentencia del Consejo de Estado suficientemente reseñada, ha señalado el Tribunal otros elementos demostrativos, de fuentes diferentes, específicamente referidos al período comprendido entre enero de 2013 y marzo de 2014, que se acompasan con la línea de argumentación que advierte sobre circunstancias tácticas que generaban dificultades, en esa época, para adelantar en forma segura y expedita procesos licitatorios para adjudicar la concesión del tercer canal, como el relacionado con la no disponibilidad de frecuencias, puesto de presente incluso en el estudio desplegado por la Universidad Nacional -según se vio- y advertido por la Junta Nacional de Televisión (…)*

*Conviene insistir en puntualizar que este Tribunal, con imperativo respeto de su competencia y de la institución de la cosa juzgada, limita el examen al período que le atañe -de enero de 2013 en adelante-, sin invadir ni desconocer en forma alguna lo resuelto en el Laudo de noviembre 7 de 2012, cuyas motivaciones y decisiones, con fuerza de cosa juzgada, se enmarcan en un período de valoración anterior y diferente -entre 1° de julio de 2010 y diciembre de 2012, según se ha señalado reiteradamente-, y con base en los elementos de juicio fácticos, jurídicos y probatorios acopiados en ese trámite arbitral.*

*Así las cosas, no tiene vocación de prosperidad el "PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES", planteado por la ANTV en la demanda principal.*

**Respecto de segundo grupo de pretensiones asociadas al enriquecimiento sin causa**

En rigor, es claro para el Tribunal que los fundamentos de hecho del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, son esencialmente los mismos que sirven de soporte al primer grupo de pretensiones subsidiarias. Tales fundamentos versan sobre la existencia de un desequilibrio sobreviniente de la ecuación económica del Contrato de Concesión, pero formuladas ahora bajo la figura del enriquecimiento sin justa causa que habría afectado su patrimonio. Los elementos fácticos de uno y otro grupo de pretensiones subsidiarias son coincidentes, de suerte que conservan vigor las consideraciones de orden sustancial y probatorio que hizo el Tribunal al despachar adversamente las peticiones relativas al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato de concesión y, bajo esa óptica, hacen inevitable sugerir que de manera igualmente adversa debe despacharse la misma aspiración, invocada ahora bajo el amparo de una figura jurídica diversa. En ese orden, la reclamación soportada en un supuesto enriquecimiento sin justa causa, analizada como tal, tampoco está llamada a prosperar, por no configurarse efectivamente los elementos esenciales que esta figura entraña. Es sabido que para que pueda hablarse de un enriquecimiento sin justa, es esencial probar la existencia del incremento patrimonial de una de las partes, con el correlativo empobrecimiento de la otra.

Igualmente, se comprobó que el precio de la prórroga del Contrato de Concesión se estableció bajo el supuesto de que durante la vigencia de la misma entraría en operación un tercer canal privado de televisión nacional a competir con los dos Canales Incumbentes, es decir, que existirían tres competidores en el mercado nacional. Se destaca:

*Ahora bien, en el plano teórico, es conocido que el enriquecimiento de una de las partes no es suficiente para que sea automáticamente aplicable la figura a un caso concreto; es menester que el empobrecimiento correlativo sufrido por el accionante, como consecuencia del enriquecimiento del accionado, sea injusto, vale decir, que carezca de causa jurídica. Y sin entrar en el detalle de la discusión que quizá el asunto ameritaría desde la óptica de dicha figura, para el Tribunal es incuestionable que el mencionado calificativo de "injusto" es un elemento en cualquier caso ausente en la relación jurídica que se examina.*

*En primer lugar, independientemente de la forma y supuestos bajo los cuales se haya determinado el precio de la prórroga, lo cierto es que el contenido prestacional está previsto en un contrato que es ley para las partes, y que al juez le está vedado en principio modificar a su arbitrio, salvo casos específicos, como lo es la existencia de un desequilibrio de la ecuación económica del mismo, conforme al principio que con registro normativo expreso tuvo ocasión de analizar el Tribunal. Si las partes fijaron el precio de la prórroga a partir de ciertos supuestos, y ellos no se cumplieron en la realidad, lo pactado en el contrato sigue siendo vinculante para las partes, salvo los casos en los que los eventos sobrevinientes que incidan en alguno de los supuestos tenidos en cuenta para fijar el precio a pagar tengan virtualidad para configurar los requisitos propios de un desequilibrio-económico de la ecuación contractual que deba, conforme a las previsiones legales, ser remediado con su restablecimiento.*

En consecuencia, las pretensiones relativas al aludido enriquecimiento sin causa no tienen vocación de prosperidad, en cuanto la no entrada en operación del tercer canal se vincula a causas que no son exógenas a quien lo alega -la ANTV-, lo cual impide que se restablezca a su favor el alegado empobrecimiento. Así, aunque el valor de la prórroga se haya determinado bajo el supuesto de la entrada en operación del tercer canal, y su no entrada signifique que los Canales Incumbentes estén explotando sus concesiones en condiciones de competencia más favorables, esas condiciones se derivan de lo dispuesto en la cláusula séptima de los respectivos Contratos de Concesión, que vincula no sólo a la Convocada, sino también a la Convocante, por manera que la ejecución misma del Contrato, conforme a lo pactado, no susceptible de modificación o ajuste por la vía de la aplicación del principio de la ecuación financiera del contrato, es la causa válida del resultado económico producido por el hecho de la no entrada en operación del tercer canal, suceso que a su vez no es exógeno a la ANTV, en los términos y con el alcance que ha puntualizado el Tribunal.

En consecuencia, el segundo grupo de pretensiones subsidiarias a la primera, segunda y tercera pretensiones principales, y al primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda principal, tampoco tienen vocación de prosperidad. Y al no prosperar ni las pretensiones principales ni las subsidiarías necesariamente deberá desestimarse la tercera pretensión principal, en la que se materializaba la aspiración económica de la Convocante.

En lo que tienen que ver con otros frentes, como ocurre con el precio de la prórroga a juicio del Tribunal, era necesario recordar que de conformidad con el Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. 140 de 1997, las partes acordaron prorrogarlo por un término de duración de diez años contados a partir del 11 de enero de 2009, en la cláusula séptima las partes convinieron

***“****Por decisión de LA COMISIÓN, el valor que EL CONCESIONARIO pagará a LA COMISIÓN por concepto de la presente prórroga será la cantidad inicial de CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS ($187.184.000.000,00) (en adelante 'Precio Base'), más la cifra positiva o negativa que resulte de aplicar al Precio Base un ajuste (en adelante Valor del Ajuste), en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV), durante los próximos dos (2) años, de conformidad con las siguientes reglas. El precio así ajustado se denominará 'Precio Final'".* Como puede advertirse en el texto contractual, el "Precio Base" corresponde a una suma fija -$187.184.000.000-; el "Valor de Ajuste", a una suma determinable en función de una variable consistente en la publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local, fijada por un tercero denominado el "Auditor"; y el "Precio Final" era determinado por la ANTV con base en la "Pauta Final", teniendo en cuenta una suma máxima -techo-, una suma mínima -piso- y una tabla con diferentes rangos de la referida "Pauta Final". Con todo, las partes, se refirieron a la determinación del valor de la prórroga con base un modelo de valoración sobre "unos supuestos de mercado", para efectos, precisamente, de reservarse el derecho de reclamo en caso de estimar que el equilibrio económico del contrato se alterara.

Ahora, con ocasión de la condena impuesta en los Laudos de 7 de noviembre de 2012, el Tribunal se ocupó de referenciar en detalle los aspectos relevantes y recordó que de acuerdo con las consideraciones expuestas en esa oportunidad, respecto-de cada tópico tratado, y con la fuerza de cosa juzgada i) que el valor de la prórroga del Contrato de Concesión está regulado por la varias veces mencionada cláusula séptima del texto contractual integrado - y las normas imperativas y subsidiarias pertinentes-; ii) la no entrada en operación del tercer canal el 1° de julio de 2010, causó un desequilibrio en la ecuación económica y financiera del referido Contrato, que debía ser restablecida a favor de la CNTV (hoy la ANTV) y iii) que, como consecuencia de esta última declaración, se condenó al Concesionario a pagar a la Comisión la suma de $32.362.739.667, valor correspondiente al desequilibrio establecido para el período comprendido entre el 1° de julio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.

Así mismo, destacó que en el expediente se encuentra una certificación expedida el 22 de noviembre de 2012 por el Contador del Concesionario, que da cuenta del pago a la CNTV, de la suma correspondiente a la condena impuesta en el reseñado laudo arbitral, hecho que la ANTV no niega.

**Las conclusiones del Tribunal sobre el petitum de la demanda de reconvención**

A juicio del juez arbitral, la pretensión sobre pago excesivo alegado por los canales incumbentes, no tiene vocación de prosperidad. No tiene discusión que la condena impuesta a los Canales privados en los Laudos de noviembre 7 de 2012 por valor de $32.362.739.667oo, en cada caso, corresponde al monto equivalente al restablecimiento de la ecuación económica y financiera del respectivo contrato, pues la no entrada en operación del tercer canal, causó un desequilibrio, en el ámbito temporal allí especificado -1° de julio de 2010 a 31 de diciembre de 2012-. Tampoco admite controversia que los Laudos de 7 de noviembre de 2012 constituyen una decisión judicial, con fuerza de cosa juzgada, en los términos y con el alcance que de ellos emana, por manera que emerge incontrastable la consecuencia según la cual el pago de las condenas impuestas en los referidos laudos, no es nada distinto que el cumplimiento de la obligación emanada de esa decisión judicial vinculante, lo que, por sí solo, sin que proceda ninguna consideración adicional, comporte un pago excesivo, de modo que no procede la restitución que allí se solicita del presunto excedente. Sostuvo entonces:

*“Aún a riesgo de innecesaria reiteración, es conveniente recordar que el Tribunal, al estudiar la excepción que con el componente de "cosa juzgada" propuso la ANTV frente a la demanda de reconvención, advirtió con claridad la no prosperidad de tal medio defensivo, por razón de estar las pretensiones económicas de la reconviniente estructuradas a partir del hecho mismo del pago -que califica de excesivo-, hecho posterior al Laudo de noviembre 7 de 2012 que, por la sola circunstancia de ser posterior, no pudo ser objeto, como tal, de consideración en esa providencia, al tiempo que se puntualizó que tal conclusión no significaba, de manera alguna, que en el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención este Tribunal no tomara en consideración, como en efecto lo ha hecho, el alcance firme y vinculante de la condena impuesta a los Concesionarios en los referidos Laudos de noviembre 7 de 2012, con la fuerza de cosa juzgada propia de las decisiones de esta estirpe.*

*Entonces, como ya lo puso de presente el Tribunal, una cosa es la no configuración, por el elemental razonamiento anotado, de la excepción de cosa juzgada alegada por la ANTV, y otra, ciertamente distinta, la fuerza de cosa juzgada que, como decisión judicial, se predica de los Laudos de noviembre 7 de 2102, lo cual, en la arista particular del litigio que en este aparte se examina, dada la indiscutible relación directa existente entre la condena impuesta en las mencionadas providencias y el pago efectuado con ocasión de dicha condena, desemboca en la desestimación ya anunciada, sin que sea necesario efectuar consideración adicional alguna, de la pretensión séptima -y sus consecuenciales octava a décima- de la demanda de reconvención.*

*De otra parte, de cara a la decisión sobre las pretensiones primera y segunda de la misma demanda de reconvención, es claro para el Tribunal que como en el proceso quedó establecido que para determinar el valor de la prórroga de los Canales Incumbentes, por un lado, y el precio de la concesión del tercer canal, por el otro, se utilizó el mismo modelo financiero, pero con supuestos y variables diferentes, no se abren paso tales peticiones, que promueven una asimilación plena, para las dos valoraciones, en cuanto a todos esos conceptos. Las explicaciones técnicas suministradas a este respecto, tanto por la vía de la experticia de parte rendida por el ingeniero Enrique Villota, como a través de la declaración testimonial del doctor Alberto Carrasquilla, en los términos en que fueron ya reseñadas en fragmentos anteriores de este mismo acápite de la providencia, son inequívocas sobre el particular. No prosperarán, en consecuencia, las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención.*

*Entiende el Tribunal, en el contexto íntegro del petitum de la citada demanda de reconvención, que no pueden reconocerse las pretensiones quinta y sexta, en tanto que se refieren al pago efectuado por los Canales Incumbentes "por la no entrada del nuevo operador de televisión privada", aludiéndose al monto cancelado en virtud de la condena impuesta en los Laudos de noviembre 7 de 2012, pero sin identificar el concepto específico que lo origina y le sirve de causa, cual es el restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato que en esas providencias se encontró roto para el período allá examinado. Abstracción hecha de la literalidad de tales peticiones, es evidente que en el contexto de lo alegado por la Convocada, el pago efectuado por la condena impuesta en cada Laudo de noviembre 7 de 2012, que es a lo que se refieren las aludidas pretensiones, no responde, escuetamente, a la no entrada en operación del tercer canal, sino al restablecimiento del equilibrio contractual quebrantado por ese hecho. Entonces, las mencionadas pretensiones quinta y sexta no prosperarán.*

*Por último, en cuanto a las pretensiones tercera y cuarta de la demanda de reconvención, un par de apreciaciones estima oportuno hacer el Tribunal, en el sentido de anotar: i) que ellas deben considerase, prevalentemente, en el contexto integral del petitum del que forman parte, más que vistas en forma por entero individualizada y aislada, y ii), que es sabido que la admisibilidad intrínseca de una pretensión supone y exige que ella refleje la existencia en cabeza del demandante de un interés jurídico actual, propiamente tal, en la declaración que persigue, merecedora de protección jurídica con un pronunciamiento de mérito, a lo que se refiere la jurisprudencia141 cuando expresa que "...la acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés jurídico actual en la pronta verificación judicial de su derecho, lo cual se realiza generalmente mediante la presencia simultánea de tres condiciones, a saber: a) que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquella (...); b) que la sentencia de declaración sea la única necesaria y adecuada para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor (...); y c) que no sea factible entablar acciones distintas que se opongan a ella. De ahí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso excepcional y subsidiario".*

*Bajo estos parámetros de consideración, observa el Tribunal, por un lado, que las aludidas pretensiones tercera y cuarta, miradas aisladamente, en puridad no participan del perfil exigido para su admisibilidad intrínseca en cuanto no reflejan la presencia de un interés jurídico actual, propiamente tal, en la declaración impetrada por la reconviniente, lo que conduce, así tratadas, a su desestimación; y por el otro, que si se las trata, como es lógico y razonable hacerlo, en el contexto íntegro del petitorio, dado que se trata de una secuencia argumentativa completa de la que ellas forman parte, secuencia en la que están llamadas a fracasar tanto las pretensiones que la preceden, como las que le siguen, igual suerte desestimatoria debe predicarse de ellas. Así las cosas, las referidas pretensiones terceras y cuarta no prosperarán.*

**II RECURSO DE ANULACIÓN**

**2.1. PARTE CONVOCANTE**

La Autoridad Nacional de Televisión, parte convocante, mediante apoderado, recurre en anulación el Laudo arbitral antes reseñado, proferido el 26 de octubre de 2016, fundado en la causal 9a del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

**FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LO DECIDIDO POR EL JUEZ Y LO SOLICITADO POR LAS PARTES**

La parte convocante alega que la causal contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se presenta, cuando existe una falta de congruencia entre lo decidido por el juez y lo solicitado por las partes del proceso tanto en los hechos como en las pretensiones y en las excepciones propuestas. En consecuencia, para que el laudo no sea anulado debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), que en últimas es la que establece la competencia de los árbitros.

En el presente caso, el Laudo incurre en una falta de congruencia en la medida que lo fallado por el Tribunal no se ajustó a lo solicitado por la ANTV tanto en las pretensiones como en los hechos de su demanda, ni a lo excepcionado por el convocado, por lo que existe una falta de congruencia que implica que en el presente caso se configure la causal contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, si se considera:

I. Que el Laudo solo encontró un periodo de 16 meses en los que no se evidenció que la ANTV hubiera sido diligente para lograr la adjudicación del tercer canal.

II. Las pretensiones de la demanda se encontraban dirigidas a que se reconociera el desequilibrio económico del contrato hasta la expedición del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016 -48 meses- y no hasta la sentencia proferida por el juez popular, lo que pone en evidencia la falta de congruencia del Laudo en cuestión, por lo que debió reconocerse el desequilibrio por los 32 meses restantes.

Dijo entonces la convocante:

*I. De acuerdo con lo solicitado por la ANTV, si el Tribunal tan solo encontró - según su propia afirmación - un periodo de 16 meses en los que no evidenció actividades por parte de la ANTV para lograr la adjudicación del Tercer Canal, lo procedente habría sido reconocer el desequilibrio por los 32 meses restantes, en los cuales el Tribunal no encontró que la ANTV hubiera sido negligente las gestiones necesarias para lograr la adjudicación del tercer canal.*

*En la demanda presentada por la ANTV se solicitó el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato desde el 31 de diciembre de 2012 y que se condenara al Concesionario a restablecer la ecuación económica del contrato por la no entrada en operación del tercer canal desde dicha fecha hasta la entrada en operación del tercer canal o hasta la expedición del laudo, lo primero de ello que ocurriera con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se derivaran. Tal como lo reconoce el Laudo, es un hecho conocido y aceptado que a la fecha del mismo el Tercer Canal no ha entrado en operación por lo que en principio podría considerarse que el lapso al que se refería la demanda presentada por la ANTV iba desde el 31 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016, es decir un periodo de 48 meses.*

*Dentro de la parte motiva del laudo, el Tribunal hace el análisis sobre la existencia de un desequilibrio en el contrato y señala, entre otras cosas, lo siguiente:*

***“De entrada, se advierte que entre el Laudo de 7 de noviembre de 2012 v la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 transcurrieron 16 meses, en los que la única actuación que la Convocante invoca con miras a lograr la adjudicación del tercer canal correspondió a la contratación v ejecución del contrato interadministrativo 048 de 2013 con la Universidad Nacional entre abril y diciembre de 2013.***

*No hay prueba en el proceso de que, en relación con el periodo previo a la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 se hubiera realizado alguna otra actuación tendiente al adelantamiento del proceso licitatorio. Si bien se entiende el relevante rol que estaba llamado a desempeñar el estudio contratado de cara a la estructuración de los nuevos procesos licitatorios, lo que justifica, desde esa perspectiva, la espera de los resultados del mismo, ello no es excluyente con las posibilidades de gestión en temas que necesariamente tendrían incidencia en la cuestión que le competía a la ANTV, y que, conforme se indicó en la reseña de alguna reunión de la Junta de la entidad, eran de su conocimiento, como el relativo, para citar el que se ha destacado, a las dificultades existentes en materia de disponibilidad de frecuencias."[[4]](#footnote-4)4 (Subraya y negrilla fuera del texto)*

*De acuerdo con lo anterior, parte del argumento que usó el Tribunal de Arbitramento para negar el desequilibrio económico del Contrato fue haber encontrado un periodo de 16 meses en el que, según su entender, la ANTV no realizó alguna otra actuación tendiente al adelantamiento del proceso licitatorio distinto de la contratación y ejecución del contrato interadministrativo 048 de 2013 con la Universidad Nacional entre abril y diciembre de 2013.*

*Aun cuando en gracia de discusión se aceptara que esto es cierto, cosa que no lo es, si el único periodo en el que el Tribunal encontró que existió una falta de actividad por parte de la ANTV fue el periodo de 16 meses al que se refiere en este punto, no se entiende por qué en la parte resolutiva de la sentencia negó el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato por la totalidad del tiempo solicitado (48 meses). Esta percepción del Tribunal da para el reconocimiento parcial de las pretensiones (32 meses de desequilibrio) o el reconocimiento parcial de la respectiva excepción (16 meses de supuesta negligencia de la ANTV), pero no para la negativa total de unas y otras.*

*De acuerdo con lo resuelto por el Tribunal, se despacharon la totalidad de las pretensiones solicitadas por la ANTV, es decir que el Tribunal concluyó que durante la totalidad del tiempo al que se refieren las pretensiones - 4 años -, no existió un desequilibrio económico que tuviera que ser reconocido por los operadores, aunque solo hubo un periodo de 16 meses en el que, según el entendimiento del Tribunal, no se demostró que la ANTV hubiera sido diligente con las actividades que llevó a cabo para lograr la adjudicación del tercer canal. Salta a la vista que un supuesto decaimiento en la diligencia de la autoridad por dieciséis meses - supuesto, pues resulta este de la valoración que en ese sentido da el Tribunal a ese periodo- sirve de apoyo para desconocer los treinta y dos meses restantes de actividades probadas y ampliamente referidas por testigos y pruebas documentales, y así desestimar la totalidad de las pretensiones en la medida que en el laudo no se evidencia que en los 32 meses restantes -distintos a los 16 meses en los que considera que hubo una inactividad- haya habido una falta de actividad de la ANTV. Lo procedente y concordante con lo solicitado por la ANTV en sus pretensiones y las excepciones del convocado, habría sido que, en caso de que efectivamente existieron 16 meses en los que no se demostró actividad alguna, el Tribunal, en atención a lo solicitado por la ANTV y lo excepcionado por el convocado, accediera parcialmente lo solicitado (o simplemente o desestimara parcialmente su pretensión), reconociendo la parte del desequilibrio correspondiente al tiempo en el que, según lo expuesto en el laudo, sí hubo actividad por parte de la ANTV.*

Con fundamento en la misma causal agregó un segundo argumento, fundado en la incongruencia del fallo, por extralimitar la órbita de su competencia en cuanto se pronunció sobre hechos que ya habían sido objeto de pronunciamiento judicial en el Laudo de 7 de noviembre de 2012. Dijo entonces:

*II. En segundo lugar, existe una falta de congruencia en el Laudo en la medida que lo resuelto por el Tribunal, tanto en la parte resolutiva del Laudo como en la parte motiva del mismo, no se ajusta a lo solicitado por la ANTV tanto en las pretensiones de la demanda como en los hechos de la misma, lo cual implica que el Tribunal desconoció el principio de congruencia exigido por la ley.*

*De acuerdo con lo establecido en la demanda de la ANTV, lo que se pretendía era probar que "mediante la aplicación de una metodología de valoración que respete rigurosamente el pacto contractual basado en la aplicación del precio en función del comportamiento real de la INPTV, es posible cuantificar el impacto en el Precio Final de la prórroga al Contrato de Concesión con posterioridad al 31 de diciembre de 2012."*

*Así pues, es* ***claro que la ANTV solicitó al Tribunal que se pronunciara sobre los hechos ocurridos con posterioridad al 31 de diciembre del 2012,*** *ya que los anteriores a esta fecha ya habían sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal que culminó con el Laudo del 7 de noviembre de 2012, y determinara la existencia de un desequilibrio económico en el Contrato por la no entrada en operación del tercer canal desde esa fecha hasta la fecha del laudo, lo cual implica que tanto los hechos de la demanda como* ***las pretensiones de la misma se referían a un espectro temporal que iba desde el 31 de diciembre del 2012*** *hasta la fecha del laudo o hasta que entrara en operación el Tercer Canal, lo primero de ello que ocurriera. Lo anterior fue reconocido por el Tribunal cuando manifestó lo que a continuación se transcribe, no obstante lo cual, el fallo se produjo en clara disonancia con ese reconocimiento como pasará a explicarse. Veamos, dice el Laudo Arbitral:*

*"Bajo esta perspectiva, es evidente e incuestionable que aunque el desequilibrio económico que se pregona en este proceso tiene la misma génesis del considerado en el proceso arbitral anterior -la no entrada en operación del tercer canal el 1° de julio de 2010, supuesto que se tuvo en cuenta en la valoración del precio de la prórroga-, la evaluación de su configuración -o no— , con el consecuente efecto en punto a su restablecimiento,* ***necesariamente se refiere a un espectro temporal diferente al examinado y decidido en el litigio arbitral anterior, pues ninguna duda existe en cuanto a que la decisión de fondo proferida en aquel trámite cobijó el lapso comprendido desde el 1° de julio de 2010 hasta la terminación del año 2012, mientras que el que aquí y ahora ha de definirse se refiere a un periodo que comienza precisamente a continuación, vale decir, a partir de la anualidad 2013****: (Subraya y negrilla fuera del texto).*

*De acuerdo con lo anterior, es claro que para el Tribunal era un hecho claro que su pronunciamiento debía referirse a los hechos ocurridos con posterioridad al 31 de diciembre del 2012 en la media que los hechos ocurridos con anterioridad tenían carácter de cosa juzgada por haber sido objeto de pronunciamiento del Laudo del 7 de noviembre de 2012.*

*No obstante lo anterior, aun cuando el Laudo dice reconocer v respetar la cosa juzgada del Laudo del 7 de noviembre de 2012, en el que se determinó que la ANTV no había sido negligente en las actuaciones llevadas a cabo entre el 2009 y el 31 de diciembre de 2012 tendientes a lograr la entrada en operación del tercer canal, más adelante, al momento de referirse sobre la falta de responsabilidad de la ANTV por la no entrada en operación del tercer canal durante el periodo al que se refería el presente proceso (31 de diciembre de 2012 en adelante), el Laudo se apoyó en el fallo de la acción popular del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2014, aclarado y complementado el 26 de junio de 2014, para indicar que las actividades impuestas en dicho fallo no fueron imprevisibles ni sobrevinientes para la ANTV en la media "la decisión del Consejo de Estado de imponer el cumplimiento de esas órdenes obedeció a la constatación, dentro del proceso adelantado con ocasión del ejercicio de la aludida Acción Popular -que tuvo como destinatario directo a la CNTV (luego ANTV)-, del incumplimiento por parte de las autoridades competentes de los deberes legales que en relación con la adjudicación de un tercer canal les corresponden”.*

*Es claro que con ello, en el presente Laudo arbitral se da a unos mismos hechos - los cuales deberían ser considerados en el valor jurídico que tienen en el contexto contractual objeto de la cláusula compromisoria que le da competencia al Tribunal Arbitral- valoraciones contradictorias entre sí, ontológicamente excluyentes, pues se les reconoce juzgados bajo el Laudo del 7 de noviembre de 2012 (en el que se estableció la ausencia de diligencia (sic) de la CNTV) pero a la vez se les considera derivados del incumplimiento por parte de la autoridad del deber de adjudicar un tercer canal (según así lo derivan del fallo de acción popular), de suerte que dichos hechos terminan siendo v no siendo a una misma vez, y con ello, el postulado del respeto a la cosa juzgada predicado por el Tribunal Arbitral respecto del Laudo del 7 de noviembre se torna en letra muerta.*

*Así pues, para el Tribunal, en la medida que el fallo de la acción popular puso en evidencia una supuesta falta de diligencia y desconocimiento de los deberes legales de las autoridades competentes durante la licitación del 2010 - proceso licitatorio al que se refiere el fallo de la acción popular-, esto permitía concluir que las ordenes allí impartidas eran producto de este hecho por lo que no podía ser consideradas como imprevisibles o sobrevinientes, de manera que así las extrapolan a la evaluación del accionar de la ANTV del 2013 en adelante, con lo que el supuesto respeto a la cosa juzgada del Laudo del 7 de noviembre de 2012, es apenas un decir sin contenido jurídico que se refleje en la decisión del 26 de octubre de 2016.*

***Al haber hecho el anterior razonamiento, el Laudo incurrió en un abultado error de ontología v lógica jurídica en la medida que, aun cuando era un hecho aceptado que la demanda se refería a hechos posteriores al 31 de diciembre del 2012 v el Tribunal manifestó expresamente que no se referiría a los hechos juzgados en el laudo del 2012 por tratarse de cosa juzgada, el Tribunal termina concluyendo que el fallo de la acción popular pone en evidencia que las acciones desplegadas por la*** *ANTV* ***durante el 2010 fueron negligentes, con lo cual termina combinando los supuesto sobre los que recae la cosa juzgada del laudo de 2012 con el contenido del fallo de acción popular lo cual no tiene sentido lógico pues no es viable que lo decidido en el laudo del 2012 sea cosa juzgada v no lo sea al mismo tiempo, es decir, no es posible que se indique que es cosa juzgada lo determinado por el laudo del 2012 en el que se concluyó que la conducta de la ANTV desde el 2009 hasta el 31 de diciembre del 2012 no fue negligente v a la vez se afirme que el actuar de la ANTV durante el 2010 sí fue negligente v de ello se extienda la negligencia a lo actuado a partir de 2013 por cuenta del fallo de la acción popular. Ello además, contradice y hace incongruente la decisión en dos acápites de la misma.***

*A partir de lo anterior, el Tribunal terminó endilgándole a la ANTV el tiempo que tuvo que dedicar enteramente a dar cumplimiento lo ordenado por el fallo de la acción popular, en la medida que - de acuerdo con el criterio del Tribunal - dicho fallo pone en evidencia una supuesta negligencia de la ANTV a pesar de haber declarado previamente que se reconoce la fuerza de la cosa juzgada del laudo del 2012, lo cual hace evidentemente contradictorio el fallo, no solamente dentro de las propias disposiciones de la parte resolutiva y lo solicitado en la demanda de la ANTV, sino entre la parte resolutiva y la parte motiva del mismo.*

*Tal como se puede ver en el Laudo, en el mismo el Tribunal indicó que reconocía el efecto de cosa juzgada del laudo del 7 de noviembre de 2012, tal como se puede ver en los siguientes apartes:*

*"Es claro y evidente para el Tribunal que* ***lo decidido y fallado en el Laudo de 7 de noviembre de 2012 recayó de manera delimitada v concreta sobre el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato hasta una determinada fecha -diciembre 31 de 2012-, luego de haber verificado el panel arbitral respectivo la concurrencia, para ese preciso momento temporal, de los elementos v requisitos que entendió necesarios vara su configuración v******reconocimiento.***

***(…)***

*Es claro entonces que el Tribunal reconoció que las decisiones adoptadas en el Laudo del 7 de noviembre de 2012, así como las verificaciones hechas en dicho Laudo sobre los elementos y requisitos necesarios para la configuración y reconocimiento del desequilibrio económico del Contrato durante el periodo al que se refirió dicho Laudo, tenían fuerza de cosa juzgada.*

*Como es conocido, las decisiones que se tomaron en el Laudo del 7 de noviembre de 2012 y los análisis hechos en el mismo estaban relacionados con las actuaciones que llevó a cabo la ANTV - anteriormente la CNTV - entre el 2009 y el 2012 para lograr la adjudicación del Tercer Canal. En dicho proceso, el Tribunal de Arbitramento que culminó con el Laudo del 7 de noviembre de 2012, concluyó que las actuaciones llevadas a cabo por la CNTV habían sido diligentes y que los hechos que habían impedido la adjudicación del Tercer Canal habían sido imprevisibles y ajenos a la voluntad de la ANTV. Al respecto señaló lo siguiente:*

*(…)*

*De acuerdo con lo anterior, el Laudo del 7 de noviembre del 2012 concluyó que la ANTV fue diligente en las actuaciones que llevó a cabo entre el 2009 y el 2012 en la medida que abrió las licitaciones del 2009 y del 2010 adecuadamente, por lo que lo previsible y ordinario habría sido que dichas licitaciones concluyeran de forma exitosa, sin embargo, tal como lo señala dicho Laudo, se produjeron dos decisiones que, de forma imprevisible y extraordinaria, hicieron que fuera imposible para la ANTV adjudicar el Tercer Canal. Las anteriores conclusiones sobre las actuaciones llevadas a cabo por la ANTV durante el 2009 y 2012, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal en el Laudo del 26 de octubre del 2016, tenían fuerza de cosa juzgada por lo que no se referiría nuevamente a ellos. Al respecto señaló:*

*(…)*

*No obstante haber manifestado que no se pronunciaría sobre los hechos anteriores al 31 de diciembre de 2012 por tratarse de hechos que ya habían sido examinados por en el Laudo del 7 de noviembre de 2012, el Tribunal, al momento de analizar el contenido y correspondiente desarrollo de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado con fecha 27 de marzo de 2014, que decidió la Acción Popular interpuesta por el citado Hermann Garrido contra la CNTV, terminó refiriéndose a la actuaciones que había llevado a cabo la ANTV en el 2010, tal como se verá a continuación.*

*Tanto en la demanda como en la etapa probatoria y en los alegatos de conclusión, la ANTV sostuvo que las demoras en la adjudicación del tercer canal a partir del 2014 se habían derivado del fallo de la acción popular que diseñó e impuso una serie de acciones y trámites a los que se tuvo que dedicar la ANTV durante los meses posteriores a la emisión de dicho fallo.*

***(…)***

*De acuerdo con lo anterior, es claro que el Tribunal concluyó que el fallo de la acción popular no constituía un hecho sobreviniente en la medida que en dicha decisión judicial el Consejo de Estado determinó que las autoridades involucradas y especialmente la CNTV, durante el proceso licitatorio del 2010, habían incumplido sus funciones relacionadas con la expedición de la reglamentación general sobre la entrada de nuevos operadores y con la tramitación y liberación de frecuencias para la operación del tercer canal, lo cual implicaba que el hecho generador de las demoras en la adjudicación del tercer canal no era ajeno a la ANTV.*

*Lo que dijo entonces efectivamente el Tribunal con lo anterior, fue que el fallo de la acción popular no podía ser considerado un hecho sobreviniente ya que en el mismo se determinó que la ANTV no había sido diligente en el desarrollo de sus actividades durante el proceso de licitación del 2010, y que, a raíz de esta falta de diligencia, el Consejo de Estado se había visto obligado a imponerles a las distintas autoridades involucradas en el tema una serie de órdenes que debían ser cumplidas para ajustar sus actuaciones a las exigencias de la ley para adjudicar el tercer canal sin vulnerar la moralidad administrativa ni poner en riesgo la defensa del patrimonio público.*

*Como es evidente entonces, al hacer el anterior análisis, el Tribunal concluyó entonces que en el 2010 (época que no está comprendida en el espectro temporal al que se refieren los hechos de la demanda y sus pretensiones) la ANTV no fue diligente (contrario a lo que de acuerdo con el reconocimiento de la cosa juzgada del laudo de 2012 dijo que habría de respetar) y que este fue el hecho generador de las demoras que se generaron a partir del 2014, lo cual es incongruente con lo manifestado por el Tribunal y lo solicitado por la ANTV ya que no es posible reconocer la cosa juzgada del laudo del 7 de noviembre de 2012 y, a su vez, afirmar que las determinaciones adoptadas por el fallo de la acción popular no constituyen un evento impredecible para la ANTV en la medida que el Tribunal Arbitral de 2016 afirma que la ANTV fue negligente en las actuaciones que llevó a cabo en la licitación del 2010 y que esa negligencia se extrapola al periodo 2013-2015 en forma de obligaciones impuestas por el Consejo de Estado en acción popular, como consecuencia de su propia culpa (la de la ANTV).*

(…)

*Así pues, es claro que en el presente caso, en los términos de lo que ha entendido la jurisprudencia, se configura una causal de nulidad sobre el Laudo del 16 de octubre de 2016 en la medida que el Tribunal extralimitó la órbita su competencia haciendo que exista una falta de congruencia de acuerdo con lo siguiente:*

*"En este contexto, resulta claro que la causal que se estructura en el hecho de “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido",* ***se relaciona, entonces, con la incongruencia del fallo por extralimitar la órbita de competencia prevista por la Constitución y la Lev u otorgada por voluntad de las partes en el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular expuesto por ellas en la demanda y su contestación.*** *Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Sala que la referida causal, además de resultar procedente frente a la incongruencia del laudo por ultra o extra petita,* ***sanciona los eventos en que el tribunal de arbitramento actúa sin competencia, esto es, por fuera del marco que la ley o las partes definen para que puedan actuar válidamente. En efecto, cuando la causal alude a que el laudo recaiga "sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros", regula también los eventos en que el tribunal de arbitramento obró sin facultades, ya sea porque la materia respecto de la cual se pronuncia no es transigible conforme lo exige la ley o porque la misma no forma parte de los asuntos contenidos en el pacto arbitral.****” (Subraya y negrilla fuera del texto)*

*Así pues, en los términos anteriormente definidos, en el presenta caso existe una falta de congruencia en el Laudo del 26 de octubre de 2016 en la medida que en el mismo el Tribunal extralimitó su competencia y se pronunció sobre hechos que no estaban sujetos a su decisión en la medida que: I) se trataba de hechos que ya habían sido objeto de un pronunciamiento judicial - el Laudo del 7 de noviembre de 2012 - por lo que gozaban de cosa juzgada, tal como lo reconoció el Tribunal y II) son hechos que, tal como se puede ver en la demanda de la ANTV - y así lo reconoce el Tribunal del 2016 al aceptar los efectos de cosa juzgada del Laudo de 2012 -, no eran objeto de pronunciamiento de la decisión de los árbitros en la medida que lo que se buscaba era que el Tribunal se refiriera a los hechos ocurridos con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. La anterior falta de congruencia se puede evidenciar en la siguiente tabla en la que se evidencia que, aun cuando el Tribunal reconoció que su decisión debía referirse únicamente a los hechos ocurridos luego del 31 de diciembre de 2012, al final se basó en hechos ocurridos en el 2010 para emitir su fallo.*

**2.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En la etapa de intervenciones finales la parte convocada presentó sus intervenciones finales, al descorrer el trámite del recurso de anulación.

**2.2.1. PARTE CONVOCADA**

Encuentra la parte convocada que, contrario a lo señalado por la parte recurrente –folio 601 del cuaderno principal-, el recurso de anulación interpuesto por la Autoridad Nacional de Televisión en contra del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016, es un intento por debatir nuevamente lo que fue objeto de conocimiento y decisión del Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia, aunado a que conformidad con lo dispuesto por el propio Consejo de Estado, los fundamentos, de dicha anulación no pueden ser estudiados bajo la causal 9, sino por la causal 2, la cual no fue propuesta. En efecto, al leer el Laudo arbitral atacado, es posible advertir que dicha decisión no solo se ajustó a lo dispuesto por la ley, sino que en ella se resolvió precisamente todo aquello que era objeto de controversia, no solamente en cuanto se refiere a la pretensiones, como lo manifiesta el recurrente, sino en particular respecto de las excepciones propuestas por el concesionario, lo cual sin lugar a dudas hace parte de lo decidido.

Además, los fundamentos en que el recurrente finca la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no tienen la entidad suficiente para su prosperidad, al tiempo que los argumentos en que funda su recurso tampoco pueden ser conocidos y resueltos en sede de anulación por la causal 9 sino por la causal 2. Esto si se considera que el alcance e inteligencia de la causal 9a de anulación, confrontada con la argumentación y razonamiento formulados por la ANTV, la misma tiene que ver con los fallos *extra petita*, *ultra petita* e *infra petita* y la argumentación está fincada en la extralimitación de las competencias de la ANTV, que debieron invocarse con sujeción a la causal 2ª del mismo artículo del Estatuto Arbitral.

Al tiempo la convocada puso de presente:

***Falta de fundamento material del recurrente frente a la Causal 9a***

*En gracia de discusión, y en el hipotético y eventual caso de que se considere que los motivos de anulación propuestos por la ANTV sí pueden ser ventilados y resueltos a través de la casual 9a de todas formas consideramos que el recurrente lo que en realidad pretende es revivir nuevamente la controversia, la cual ya fue conocida, controvertida en juicio, y resuelta por el Tribunal de Arbitramento constituido para ese efecto.*

*La argumentación de la ANTV se funda en transcripciones parciales, y descontextualizadas de Laudo, de donde pretenden demostrar la supuesta incongruencia alegada. Sin embargo, si se lee completo el Laudo, fácilmente se concluye que efectivamente en éste se realizó un análisis juicioso de las cuestiones planteadas por ambas partes (por la vía de pretensiones, pero también como excepciones), así como también estudió los requisitos y elementos de cada una de las instituciones jurídicas involucradas dentro de la controversia.*

*En efecto, no hay duda que el Tribunal Arbitral procedió a estudiar particular y exhaustivamente la cosa juzgada (capítulo 3) y el alegado desequilibrio de la ecuación económica del contrato (capítulo 4), y con fundamento en ello, en los hechos probados dentro del proceso, y en la jurisprudencia relevante para el caso, llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se encuentran plasmadas en el numeral 4.5 del Laudo de 26 de octubre de 2016, las cuales transcriben a continuación:*

Para la entidad convocada, el Tribunal de arbitramento, sí tuvo en cuenta no solo la cosa juzgada de cara a lo dispuesto en el proceso arbitral que culminó con el Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la acción popular resuelta a través de sentencia de 27 de marzo de 2014, sino que además de analizar el pretendido desequilibrio económico del contrato, estudiado en detalle, llegó a la conclusión de que efectivamente había circunstancias imputables a la ANTV durante el periodo objeto de decisión, que impidieron el ingreso del tercer canal en el mercado del sector.

Por otra parte, tampoco es cierto, como se alega en el recurso, que el Tribunal haya encontrado que solo existió una falta de actividad por un periodo de 16 meses, y que por consiguiente, debe reconocerse el desequilibrio por los 32 meses subsiguientes. De la lectura del laudo, se encuentra que el Tribunal estableció precisamente que la no entrada en operación del tercer canal durante todo el periodo solicitado por la ANTV, obedeció precisamente a causas imputables a la propia ANTV.

*A todo lo anterior debe agregarse que otra parte importante de la argumentación de la ANTV, al sustentar el recurso de anulación, se funda en que hay cosa juzgada por cuenta de lo resuelto en el Laudo proferido el 7 de noviembre de 2012, y por consiguiente, en sentir de la ANTV, no se puede tener en cuenta lo conocido y resuelto en la sentencia de acción popular de 27 de marzo de 2014. Dicha argumentación de la ANTV carece de sentido material no solo por el razonamiento plasmado desde el Laudo de 26 de octubre de 2016, el cual fue mucho más amplio y completo, y en donde en varios apartes de laudo se indica que se realizó un estudio panorámico de la decisión, sino además por lo siguiente:*

***A.*** *En cuanto tiene que ver con el ámbito temporal -* ***(I)*** *La acción popular fue presentada y admitida en junio de 2010, notificada a la CNTV en julio de 2010, y resuelta a través de sentencia el 27 de marzo de 2014;* ***(II)*** *Mientras que el proceso arbitral fue presentado hasta el 15 de abril de 2011, y se dictó laudo el 7 de noviembre de 2012.*

*Por consiguiente, la acción popular fue presentada, admitida, y notificada a la CNTV" (hoy ANTV) en el año 2010, es decir, 10 meses antes de que se presentara la demanda arbitral (15 de abril de 2011).*

***B.*** *En cuanto tiene que ver con la materia objeto de debate, y los efectos de la decisión En la acción popular se revisaron cuestiones más amplias que las debatidas dentro del proceso arbitral, entre otras cosas, porque lo allí revisado se refería a la vulneración de derechos e intereses colectivos, cuya sentencia surte efectos erga omnes, mientras que el proceso arbitral se refería a asuntos puntuales, y el debate y decisión giró en torno a cuestiones de naturaleza relativa y contractual.*

*Por otra parte:* ***(I)*** *dentro del proceso arbitral del año 2011, en ningún momento se tuvo en cuenta la existencia o consecuencias de la acción popular que para ese entonces se encontraba en curso. Y,* ***(II)*** *en el proceso arbitral cuyo laudo pretende anular la ANTV, ésta no indicó ni informó en el escrito de demanda sobre la existencia de la acción popular que se encontraba en curso, la cual solo vino a conocerse durante las etapas posteriores.*

***C.*** *De otro lado, la propia CNTV (hoy ANTV) declaró desierta la licitación que se encontraba en curso a través de la resolución 468-4 de 3 de abril de 2012 y desde ese entonces no volvió a abrir otra licitación.*

*Por consiguiente, desde el 3 de abril de 2012 (fecha en que declaró desierta la licitación 002 relativa al tercer canal), la ANTV no realizó ningún acto positivo, claro y determinante para entregar en operación el tercer canal, lo cual solo ocurrió hasta mayo de 2016 (fecha en que anuncia públicamente que abrirá una nueva licitación).*

*En consecuencia, dejó trascurrir más de cuatro años sin realizar gestión positiva alguna para abrir nueva licitación; en el interregno únicamente encontramos el informe de la Universidad Nacional en el cual en el año 2013 le recomienda expresamente a la ANTV no abrir la licitación del tercer canal, entre otras cosas, por no haber frecuencias para que el tercer canal opere, y por lo tanto indica que primero debe reorganizarse el espectro, pero no solo eso, sino que además le recomienda a la ANTV que el tercer canal se emita únicamente señal por digital, y NO por analógica, que dicho sea de paso, la propia ANTV ya había determinado que habría un "apagón analógico" a partir del año 2019.*

*Debe aclararse que las recomendaciones de la Universidad Nacional son del año 2013 y la decisión de la Acción Popular se notifica por edicto el 24 de abril de 2014 y posteriormente se notifica la aclaración de la misma en junio de 2014. De todas formas, y en el supuesto hipotético de que no se hubiera proferido la decisión dentro de la acción popular, lo cierto es que la ANTV tampoco hubiera podido entregar el operación el tercer canal, entre otras cosas, porque no había frecuencias para que dicho tercer canal pudiera operar. Lo anterior ya se lo había indicado la Universidad Nacional desde el año 2013, y la propia ANTV lo conocía, y no había realizado ninguna gestión al respecto, tal y como dan cuenta actas de su propia junta.*

*En síntesis, dentro del proceso se demostró que la CNTV y posteriormente la ANTV, no realizaron ningún acto positivo para que entrara en operación el tercer canal; y además, la ANTV tampoco demostró que hubiera sido diligente durante el lapso objeto de controversia para que entrara en operación dicho tercer canal.*

*(…)*

**III CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **COMPETENCIA**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el Laudo proferido el 26 de octubre de 2016, por el Tribunal de arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato de concesión para la operación y explotación del “Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional NI” suscrito con RCN TELEVISIÓN S.A.

**2.- LA CONTROVERSIA ARBITRAL**

**2.1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

Conforme al texto del documento, las partes convinieron, acorde con la cláusula cuadragésima tercera, en que las diferencias surgidas con ocasión del contrato se someterían a la decisión de un tribunal de arbitramento, integrado por tres miembros designados de común acuerdo, así:

*CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA TERCERA- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato relacionada con el mismo se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido la designación de estos se efectuará por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo entre árbitros de la lista “A” de dicho centro; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal causales y efectos de la cláusula de caducidad”*

Quiere decir que los extremos del contrato, en ejercicio de la facultad conferida en el inciso 4º del artículo 116 de la C. P., acordaron que particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia resolverían en derecho, las diferencias surgidas en razón del contrato, esto es, las partes renunciaron a hacer valer estas pretensiones ante los jueces[[5]](#footnote-5), en el ejercicio del derecho a disponer de lo suyo, atendiendo al caso de que se trate y a la facultad legal o convencional para proceder en consecuencia acorde con la naturaleza dispositiva de los derechos en controversia. Sin perjuicio, que el acuerdo excluyó expresamente la posibilidad de llevar a la justicia arbitral los efectos de la declaratoria de caducidad en el ámbito del contrato.

Cabe advertir que la cláusula compromisoria, pactada en el contrato, comprende todas las diferencias que tienen que ver con la ejecución del contrato, por lo que su alcance tiene un espectro omnicomprensivo al margen de los límites impuestos por la ley. En ese orden, el universo comprendió todas las materias de naturaleza netamente patrimonial y económica, susceptibles de transacción y disposición, generadas en el ámbito de la vinculación negocial.

**2.2.- CUESTIÓN PREVIA ALCANCE DE LA DECISIÓN**

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de la causal prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocada por la parte recurrente.

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley.

Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, regula íntegramente la materia de arbitraje -art. 119- y dispone que la anulación del laudo procede en los siguientes casos:

*Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

*1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*

*2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*

*3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*

*4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*

*5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*

*6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*

*7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

*8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

*9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

*Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

*La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.*

Y, conforme a las disposiciones del artículo 43 *ibídem*, *“…cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo”*; en los demás casos se corregirá o adicionará.

Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 42 *ejusdem*, *“[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.*

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso, defensa y acceso a la justicia; sin perjuicio de la preservación de mandatos imperativos, como la declaratoria de caducidad y la preservación de la jurisdicción y competencia. Se aprecia entonces que el recurso de anulación corrige irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

*“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas*[[6]](#footnote-6)*.*

Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala[[7]](#footnote-7), el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, relacionados con la valoración probatoria.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, esto es el recurrente delimita mediante la formulación y sustentación del recurso y con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento la competencia del juez del recurso. Sin perjuicio de los asuntos confiados a la potestad del juzgador, los que no pueden quedar al arbitrio de las partes en cuanto fueron establecidas para asegurar la prevalencia del orden público; para el efecto la caducidad, la competencia y la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

**LA CAUSAL INVOCADA POR LA PARTE CONVOCANTE FUNDADA EN EL NUMERAL 9° DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012.**

La parte convocante alega que el Laudo incurrió en la causal 9a del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que se presenta, cuando existe una falta de congruencia entre lo decidido por el juez y lo solicitado por las partes del proceso tanto en los hechos como en las pretensiones y en las excepciones propuestas. En consecuencia, para que el laudo no sea anulado debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), que en últimas es la que establece la competencia de los árbitros.

La ANTV afirma que el Laudo incurre en una falta de congruencia en la medida que lo fallado por el Tribunal no se ajustó a lo solicitado en la demanda, por lo que se configura la causal contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto porque la decisión se limitó a analizar el periodo de 16 meses, comprendido entre la expedición del Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 en el marco de la acción popular, en el que encontró que la única actuación adelantada por la parte Convocante con miras a lograr la adjudicación del tercer canal correspondió a la suscripción del contrato interadministrativo 048 de 2013 con la Universidad Nacional. Sin perjuicio de que en la demanda presentada por la ANTV había solicitado el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato desde el 1º de enero de 2013 hasta la decisión final, pues el Laudo anterior reconoció la existencia del quebranto contractual y condenó al concesionario a restablecerlo hasta el 31 de diciembre de 2012. A su parecer, el panel arbitral dejó de resolver lo relativo al periodo comprendido entre el mes de marzo de 2014, cuando se profirió la sentencia en el ámbito de la acción popular y el 31 de diciembre de 2016. Para el recurrente, las pretensiones de la demanda se encontraban dirigidas a que se reconociera el desequilibrio económico del contrato hasta la expedición del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016 –un total de 48 meses- y no hasta la sentencia proferida por el juez popular, lo que pone en evidencia la falta de congruencia del Laudo en mención.

También, puso en cuestión que el Tribunal se extralimitó en la órbita de su competencia, al haber actuado sin competencia para ello, en cuanto el Laudo recae sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en la medida que: i) se trataba de hechos que ya habían sido objeto de un pronunciamiento judicial -el Laudo del 7 de noviembre de 2012- y ii) son hechos que no eran objeto de la decisión de los árbitros en la medida que lo que se buscaba era que el Tribunal se refiriera a los hechos ocurridos con posterioridad al 31 de diciembre de 2012.

Para la convocada, el recurso de anulación interpuesto por la Autoridad Nacional de Televisión pretende reabrir el debate, aunado a que los fundamentos de dicha anulación no pueden ser estudiados bajo la causal 9, sino por la causal 2, la cual no fue propuesta. Sin perjuicio de que la decisión resolvió todo aquello que era objeto de controversia, no solamente en cuanto se refiere a las pretensiones, sino en particular respecto de las excepciones propuestas por el concesionario, lo cual sin lugar a dudas hace parte de lo decidido.

**1.-** En la primera hipótesis planteada, encuentra la Sala que ésta causal se configura, cuando los árbitros no se pronuncian en relación con todos los puntos sometidos a su consideración. Evento en el cual se predica que el fallo por ellos producido es *mínima* o *citra petita,* respecto de las pretensiones, excepciones procesales, demanda de reconvención, las excepciones a esta y los demás aspectos de la relación procesal.

En desarrollo del artículo 281 del Código General de Proceso, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en la demás oportunidades procesales previstas por la ley; con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. En consecuencia, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

El principio de congruencia implica que la decisión de los árbitros corresponda a lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (*ultra petita*); tampoco menos (*infra* o *citra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque en los recursos de esta estirpe se configura la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Frente a la causal 9ª de la misma normatividad, cabe precisar que el principio de congruencia se desconoce, cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda, sobre su contestación o los mecanismos de defensa -incluidas las excepciones o la demanda de reconvención, dentro del límite impuesto por la cláusula compromisoria.

En consecuencia, la causal demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede anular el laudo total o parcialmente y en su lugar resolver de fondo sobre los puntos frente a los cuales el juez arbitral omitió pronunciarse.

Sobre el alcance de esta causal, la Sala coincide con lo dicho en sentencia de 27 de noviembre de 2017, por la Subsección “C” de esta Corporación sobre la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012[[8]](#footnote-8)

*6.11.- Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

*6.12.- Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo citra petita[[9]](#footnote-9) consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.*

*6.13.- También respecto de ésta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.*

*6.14.- Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del Código General del Proceso, preveía y ahora prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.*

*6.15.- Así las cosas, se entendió y ahora se entiende que para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.*

*6.16.- Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012.*

Para el recurrente, el Tribunal dejó de resolver sobre la ecuación financiera del contrato más allá de la sentencia proferida en el ámbito de la acción popular proferida el 27 de marzo de 2014, en cuanto las pretensiones de la demanda se encontraban dirigidas a que se reconociera el desequilibrio económico del contrato hasta la expedición del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016 -48 meses- y no hasta la sentencia proferida por el juez popular, lo que pone en evidencia la falta de congruencia del Laudo en cuestión, por lo que debió reconocerse el desequilibrio por los 32 meses restantes.

No obstante, para la Sala, confrontada la demanda arbitral, la decisión proferida por el panel Arbitral y, los argumentos expuestos por el recurrente en el recurso de anulación, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad. Se destaca lo pedido por la convocante –ANTV- ahora recurrente frente a la decisión arbitral:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Pretensiones demanda arbitral | Decisión contenida en Laudo de 26 de octubre de 2016 | Recurso de anulación |
| ***PRETENSIONES PRINCIPALES***  ***1.- PRIMERA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE la fuerza de cosa juzgada derivada del Laudo del 7 de noviembre de 2012 proferido con ocasión de las controversias surgidas entre la CNTV y el Concesionario, en cuanto a que la no entrada en operación del Tercer Canal, constituye una circunstancia extraordinaria a la prevista por las partes al momento de la celebración de la prórroga del Contrato de Concesión que resulta excesivamente onerosa para la ANTV.*  ***2.- SEGUNDA PRINCIPAL -*** *Que, como consecuencia de la declaración anterior, se DECLARE la fuerza de cosa juzgada derivada del Laudo del 7 de noviembre de 2012, proferido con ocasión de las controversias surgidas entre la CNTV y el Concesionario, en cuanto a la existencia de un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión que afecta a la ANTV y que debe ser re-establecido, desequilibrio consistente en el mayor valor que corresponde por estar siendo ejecutada la prórroga con solo dos canales de televisión privada nacional, cuando lo que se previó para valorar dicha prórroga fue la participación del Tercer Canal a partir del primero (1°) de julio de 2010.*  ***PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES***  ***A.PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE que la no entrada en operación del Tercer Canal determinan que la prórroga del Contrato de Concesión se ha ejecutado en circunstancias imprevisibles y extraordinarias que resultan excesivamente onerosas para la ANTV.*  ***B****.* ***PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL -*** *Que se DECLARE, como consecuencia de la declaración derivada de la pretensión primera principal o de la subsidiaria de la primera principal, la existencia de un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión que afecta a la ANTV y que debe ser re-establecido, desequilibrio consistente en el mayor valor que corresponde por estar siendo ejecutada la prórroga con solo dos canales de televisión privada nacional, cuando lo que se previó para valorar dicha prórroga fue la participación del Tercer Canal.*  ***3.- TERCERA PRINCIPAL -*** *Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, o el artículo 27 de la misma Ley 80 de 1993, el artículo 2, parágrafo 3° de la Ley 680 de 2001, el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la prórroga al Contrato de Concesión por la no entrada en operación del Tercer Canal, correspondiente al impacto que se pruebe al momento de expedición del Laudo, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.*  ***SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.***  *Si el H. Tribunal negare las pretensiones principales y su primer grupo de subsidiarias anteriores, solicito se sirva despachar favorablemente las siguientes:*  ***A. PRIMERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que se declare que la no entrada en operación del Tercer Canal, lo cual había sido considerado para establecer el valor de la prórroga del Contrato de Concesión, ha causado un enriquecimiento sin justa causa para el Concesionario consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el valor de la prórroga, y en el detrimento correlativo de la ANTV consistente en la ejecución de la concesión sin la participación del Tercer Canal, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.*  ***B. SEGUNDA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que se declare que con base en la circunstancia anterior deberá repararse el detrimento patrimonial sufrido por la ANTV, en cuanto que la prórroga al Contrato de Concesión se ejecuta sin la participación del Tercer Canal, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.*  ***C. TERCERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -*** *Que con base en las declaraciones anteriores del presente acápite o unas semejantes emitidas de acuerdo con los principios generales del Derecho o cualquier disposición legal aplicable, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la prórroga al Contrato de Concesión correspondiente al efecto de la no entrada en operación del Tercer Canal, según el impacto no resarcido que se pruebe, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.*  ***4.- CUARTA PRINCIPAL -*** *Que se condene en costas al Concesionario.* | ***Primero:*** *Declarar que no prospera la excepción de "Falta de jurisdicción y/o competencia del Tribunal" formulada por RCN TELEVISIÓN S.A. respecto del "SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS" de la demanda presentada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva.*  ***Segundo:*** *Declarar que no prosperan las excepciones de "Ausencia de causa" y "Cosa Juzgada" formuladas por RCN TELEVISIÓN S.A., en los términos indicados en la parte motiva.*  ***Tercero:*** *Declarar que no prospera la excepción de "COSA JUZGADA- FALTA DE COMPETENCIA" formulada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva.*  ***Cuarto:*** *Negar todas las pretensiones de la demanda principal presentada por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, en los términos indicados en la parte motiva. Este pronunciamiento comprende las "PRETENSIONES PRINCIPALES", el "PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES" y el "SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS" de dicha demanda.*  ***Quinto:*** *Negar todas las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por RCN TELEVISIÓN S.A., en los términos indicados en la parte motiva.*  ***Sexto:*** *Desestimar, conforme a lo indicado en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por RCN TELEVISIÓN S.A., denominadas falta de derecho del demandante", "Pago", "Culpa de la víctima", "Venir contra acto propio", "Contratante incumplido", "Compensación", "Inexistencia de responsabilidad de la Convocada", "Prescripción y/o Caducidad", "Incumplimiento de la obligación de la Convocante de mitigar el supuesto daño", "inexistencia de la obligación de indemnizar", "nulidad relativa" y la genérica propuesta en el escrito de contestación.*  ***Séptimo:*** *Desestimar, conforme a lo indicado en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominadas "inexistencia de identidad de causa - imposibilidad de compensar", "ausencia de identidad entre los supuestos y las variables tenidos en cuenta para la valoración de la concesión del tercer canal y los supuestos y la (sic) variables tenidas en cuenta para la prórroga del contrato de concesión-valores financieramente no conmutables", "pago de lo debido", y la genérica propuesta en el escrito de contestación.*  ***Octavo:*** *Declarar que no hay condena en costas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.* | *El Laudo incurre en una falta de congruencia en la medida que lo fallado por el Tribunal no se ajustó a lo solicitado por la ANTV tanto en las pretensiones como en los hechos de su demanda, ni a lo excepcionado por el convocado, por lo que existe una falta de congruencia que implica que en el presente caso se configure la causal contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto porque:*  *I. El Laudo solo encontró un periodo de 16 meses en los que no se evidenció que la ANTV hubiera sido diligente para lograr la adjudicación del tercer canal.*  *II. Las pretensiones de la demanda se encontraban dirigidas a que se reconociera el desequilibrio económico del contrato hasta la expedición del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016 -48 meses- y no hasta la sentencia proferida por el juez popular, lo que pone en evidencia la falta de congruencia del Laudo en cuestión, por lo que debió reconocerse el desequilibrio por los 32 meses restantes.* |
|  |  |  |

Al margen de la redacción de las pretensiones, en cuanto fueron planteadas de manera general, lo cierto es que la decisión recurrida estudió y decidió todas y cada una de las principales y subsidiarias y aún se pronunció sobre las contenidas en la demanda de reconvención y las excepciones propuestas en ambos momentos procesales. También se pronunció sobre los hechos de la demanda en cuanto los mismos pusieron de presente que la no entrada en operación del tercer canal a partir del 1º de enero de 2013, comportaba la fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato. Hizo un estudio omnicomprensivo del contrato, sus prorrogas, especialmente la convenida en el año 2009, los hechos de la demanda de reconvención, al tiempo que se pronunció sobre los distintos aspectos. Y concluyó que los hechos alegados como determinantes del rompimiento del equilibrio económico del contrato no son imputables a un tercero, por lo que no le resultan extraños a la ANTV, lo que de suyo descarta el restablecimiento del equilibrio alegado.

Al tiempo, el Tribunal se pronunció sobre i) el alcance de la cláusula compromisoria; ii) las excepciones de falta de jurisdicción y competencia; iii) la excepción de cosa juzgada; iv) las pretensiones sobre el rompimiento del equilibrio económico del contrato y v) las pretensiones asociadas con el enriquecimiento sin causa. En consecuencia, el Laudo de 26 de octubre de 2016, consultó lo previsto en el artículo 281 del Código General de Proceso, aunado a que analizó el alcance de las obligaciones pactadas que constituían la ley del negocio jurídico, al menos en el ámbito de la prórroga del contrato, abordó el análisis de los elementos de juicio de índole probatorio incorporados al proceso y con fundamento de la inmediación de la prueba y la sana crítica, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas frente a la demanda principal, las propuestas frente a la demanda de reconvención y negó las pretensiones propuestas en la principal y en la de reconvención. Y aunque la parte convocante sostiene que las pretensiones de la demanda se encontraban dirigidas a que se reconociera el desequilibrio económico del contrato hasta la expedición del Laudo proferido el 26 de octubre de 2016 -48 meses- y no hasta la sentencia proferida por el juez popular, lo cierto es que a juicio del juez arbitral la convocante no probó su diligencia, ni antes de la sentencia de 27 de marzo de 2014, fecha en que se profirió la sentencia en el ámbito de la acción popular, ni más allá de esta, por lo que no corresponde volver sobre el análisis, ni reconocer los 32 meses que por vía del recurso de anulación pretende el restablecimiento de la ecuación contractual.

En consecuencia, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, en cuanto el laudo impugnado resolvió las pretensiones principales y subsidiarias y al tiempo que se refirió a los fundamentos de hecho que a su juicio eran esencialmente los mismos y que versaron sobre la posible existencia de un desequilibrio sobreviniente de la ecuación económica del Contrato de Concesión. Puso de presente que i) las partes aceptaron que a la fecha no ha entrado en operación el tercer canal; ii) aunque las prórrogas favorecieron a los Canales Incumbentes en cuanto la competencia ha tenido lugar entre dos operadores y no entre tres, ello no es suficiente para la aplicación del principio del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, cuando el hecho que genera el desequilibrio es imputable a quien lo alega en su favor, en este caso la ANTV; iii) a través de la expedición del Laudo de 7 de noviembre de 2012, la justicia arbitral condenó al concesionario a restablecer el equilibrio económico del contrato hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad; iv) la única actuación, a partir de esa fecha, tendiente a avanzar con la licitación del tercer canal, fue el Contrato Interadministrativo n.° 048 de 2013, suscrito con la Universidad Nacional, para que se llevara a cabo la estructuración jurídica, técnica, financiera y económica de la operación y explotación de los futuros contratos de concesión, incluyendo el correspondiente al tercer canal y v) los actos ejecución de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2014, en el marco de la acción popular.

Destacó que lo que tiene que ver con el contrato interadministrativo 048 de 2013, arrojó resultados un año después del Laudo de 7 de noviembre de 2012 y mostró la insuficiencia de condiciones, para adelantar el proceso de licitación del tercer canal. En suma, destacó la dificultad técnica, por la carencia de disponibilidad de frecuencias que debían solventarse para la adjudicación del tercer canal, situación que según el desarrollo de la reunión de la Junta Nacional de Televisión de 29 de agosto de 2013, se conocía por las autoridades funcionalmente involucradas, directa o indirectamente, con el tema.

Para concluir, el juez arbitral se pronunció sobre cada uno de los puntos que fueron sometidos a su decisión y analizó la conducta de la ANTV, cosa distinta es que el resultado no fuera favorable a todas las expectativas de la parte impugnante, lo cual no significa que se hubiera incurrido en la causal invocada contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Tampoco existe una contradicción interna en el fallo impugnado, de modo que el fallo no adolece de incongruencia por falta de pronunciamiento de alguno de los puntos de la cuestión litigiosa o por contracción en algunos de los puntos contenidos en la parte resolutiva.

**2.-** En cuanto a la segunda hipótesis planteada, fundada en la incongruencia del fallo, por extralimitar la órbita de su competencia, en cuanto se pronunció sobre hechos que ya habían sido objeto de pronunciamiento judicial en el Laudo de 7 de noviembre de 2012. A juicio de la Sala, no puede soslayarse que el mismo panel arbitral puso de presente que aunque se hizo referencia al proceso licitatorio 002 de 2010, precisó que sin intromisión en el ámbito temporal juzgado por el Laudo de 7 de noviembre de 2012, resultaba necesario referirse al desarrollo del contrato de concesión y sus antecedentes.

*“Es claro y evidente para el Tribunal que lo decidido y fallado en el Laudo de 7 de noviembre de 2012 recayó, de manera delimitada y concreta, sobre el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato hasta una determinada fecha –diciembre 31 de 2012-, luego de haber verificado el panel arbitral respectivo la concurrencia, para ese preciso momento temporal, de los elementos y requisitos que entendió necesarios para su configuración y reconocimiento. Lo que no quedó definido ni fallado en dicho laudo, y por lo mismo mal podría hablarse de cosa juzgada sobre el particular, es que el referido restablecimiento económico deba o no reconocerse hacia adelante en el tiempo –como si se tratara de una especie de habilitación automática del fallo arbitral hacia el futuro- frente a cada anualidad sucesiva del Contrato cuya ejecución tenga lugar con la entrada en operación del tercer canal.*

*En efecto, según se resaltó con claridad en la descripción detenida que del Laudo de 7 de noviembre de 2012 se ha hecho en este providencia, en aquél lo que se definió es que la CNTV, para ese entonces, había adelantado las gestiones tendientes a la adjudicación oportuna del tercer canal, y que si no se logró su entrada en operación a la fecha esperada –julio de 2010- fue por circunstancias, que para ese momento temporal de análisis, fueron calificadas de extraordinarias, exógenas a las partes, no imputables a la CNTV y que alteraron el equilibrio económico del contrato (…).*

*Entonces, apreciada en conjunto la aspiración consignada en las pretensiones primera y segunda principales de la demanda objeto de consideración en el presente proceso, se impone concluir que el Laudo de 7 de noviembre de 2012, de cara a ese conjunto no tiene fuerza de cosa juzgada, pues en el presente proceso se debate sobre el supuesto desequilibrio y su eventual restablecimiento pregonados respecto de un periodo diferente, y de ocurrencia posterior a la época cobijada por aquella decisión.*

*No se discute la identidad jurídica de las partes en los dos procesos; pero en la apreciación de conjunto de que se ha ocupado el tribunal, es igualmente indiscutible que la identidad de objeto y de causa, indispensables para abrir paso con plenitud a la aplicación de la cosa juzgada, ciertamente no tienen cabal verificación.*

*(…)*

*Como ya lo puntualizó el Tribunal, el derecho reconocido a la CNTV –hoy la ANTV- en el Laudo de 7 de noviembre de 2012, sobre lo cual, sin lugar a hesitación alguna, pesa el sello de la cosa juzgada, es al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato por el periodo comprendido de julio 1º de 2010 a diciembre 31 de 2012. Empero, se insiste, no hubo en dicho Laudo un reconocimiento del derecho a dicho restablecimiento para posteriores periodos temporales (a partir del año 2013), frente a lo cual, desde luego, nada decidió, y es, precisamente, la cuestión planteada por la parte convocante en el presente trámite arbitral”*

Encuentra la Sala que el Tribunal debía referirse a los hechos que fueron determinantes y que condujeron a la expedición del Laudo de 7 de noviembre de 2012, que también fueron analizados en el marco de la acción popular resuelta en sentencia de 24 de marzo de 2014, pero no para enjuiciar ninguna de las actuaciones que fueron juzgadas, sino en cuanto comportaron la columna vertebral para resolver la controversia, para comprender el desarrollo cronológico de las actuaciones de la ANTV y establecer que se trataba de situaciones diferentes que condujeron a conclusiones distintas. Empero, como lo puso de presente el tribunal, aunque pueda existir identidad jurídica de las partes en los dos procesos; no se dan los supuestos de la cosa juzgada por no existir identidad de objeto y de causa, pues el laudo en cuestión analizó un periodo de tiempo diferente, que tuvo que ver con el reconocimiento del equilibrio económico del contrato desde la fecha prevista para la entrada en operación del tercer canal, 1° de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012 y en el Laudo de 26 de octubre de 2016, lo que se buscaba era abrir paso al reconocimiento del quebranto contractual para el periodo posterior y relevante desde el año 2013.

De otro lado, tampoco puede sostenerse que se incurrió en falta de congruencia, porque la decisión solo analizó el periodo de 16 meses, lapso comprendido entre la expedición del Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el marco de la acción popular el 27 de marzo de 2014, periodo en el que encontró que la única actuación adelantada por la parte Convocante con miras a lograr la adjudicación del tercer canal correspondió a la suscripción y ejecución del contrato interadministrativo 048 de 2013 con la Universidad Nacional, pues la convocante había solicitado el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, bajo el entendido que el Laudo fue proferido el 26 de octubre de la misma anualidad. A su parecer, por defecto, debió reconocerse el desequilibrio contractual por el periodo restante, es decir desde la sentencia del 27 de marzo de 2014 proferida en el ámbito de la acción constitucional.

Sobre el particular, en el marco del proceso arbitral le correspondía a la parte convocante probar que fuera del contrato interadministrativo n.° 048 de 2013, suscrito con la Universidad Nacional había superado todas las dificultades para llevar a buen término la adjudicación del tercer canal, observadas en el mismo Laudo impugnado y en la sentencia proferida por esta Corporación el 27 de marzo de 2014. Ese es el verdadero alcance y comprensión de la decisión. A juicio del panel arbitral la parte convocante quiso justificar su inacción con el citado contrato interadministrativo, en cambio, le correspondía acreditar que agotó las medidas esperadas más allá de lo probado en los 16 meses a que hizo referencia la convocante y que llamó la atención el Laudo recurrido, esto es desde decisión de 7 de noviembre de 2012. En suma debió dar cuenta de su comportamiento positivo, dirigido a la entrada en funcionamiento desde el 1º de enero de 2013 hasta la expedición del laudo proferido el 26 de octubre de 2016. Esto, sin perjuicio de que por la fuerza de las circunstancias, le correspondía referirse al desarrollo del contrato, sus antecedentes y al citado Laudo de noviembre de 2012.

En efecto, respecto de las actuaciones desplegadas entre el Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la sentencia de la acción popular proferida el 27 de marzo de 2014, puntualizó el panel arbitral:

*“De entrada se advierte que entre el Laudo de 7 de noviembre de 2012 y la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 transcurrieron 16 meses, en los que la única actuación que la Convocante invoca con miras a lograr la adjudicación del tercer canal correspondió a la contratación y ejecución del contrato interadministrativo 048 de 2013 con la Universidad Nacional entre abril y diciembre de 2013.*

*No hay prueba en el proceso de que, en relación con el periodo previo a la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 se hubiera realizado alguna otra actuación tendiente al adelantamiento del proceso licitatorio (…)*

Y respecto de la conducta asumida por la ANTV con ocasión del fallo expedido el 27 de marzo de 2014 y sus efectos, para la adjudicación del tercer canal, preciso el Tribunal:

*“Pero el Tribunal no encuentra, en cambio, que esa prueba demuestre que la no entrada en operación del tercer canal no sea imputable a la Convocante, pues la misma sentencia de 27 de marzo de 2014, considerada panorámicamente, conduce inequívocamente a la conclusión contraria.*

*(…)*

*El estudio panorámico de esa sentencia permite al Tribunal concluir que a pesar de que está demostrado que para el adelantamiento de los procedimientos legales para la adjudicación del tercer canal, las autoridades encargadas tuvieron que solventar las órdenes impartidas por el Consejo de Estado, lo cual generó el retraso de esos trámites, está igualmente demostrado que la decisión del Consejo de Estado de imponer el cumplimiento de esas órdenes obedeció a la constatación, dentro del proceso adelantado con ocasión del ejercicio de la aludida Acción Popular –que tuvo como destinatario directo a la CNTV (luego ANTV)-, del incumplimiento por parte de las autoridades competentes de los deberes legales que en relación con el tercer canal les corresponden”.*

Ahora, en relación con las actuaciones desplegadas con posterioridad a la misma decisión señaló:

*Revisadas las órdenes impuestas en la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014, con la cual se definió la Acción Popular, se constata que no todas tiene como destino a la CNTV (hoy la ANTV), en tanto se dirigen contra las diferentes autoridades, pero se advierte que esta entidad es su principal destinataria, por ser la autoridad competente para la adjudicación de nuevos canales de operación privada nacional.*

*Así, a la ANTV se le reconvino de manera general para que se abstuviera de persistir en la concesión de nuevos canales mientras subsistieran las condiciones de irregularidad a que se refiere esa providencia; se le ordenó cesar los efectos de la licitación pública 002 de 2010; se le ordenó que junto con el Ministerio de las TIC, la Agencia Nacional del Espectro y el operador público Teveandina,, conformara un comité para revisar la reasignación del Canal 13 con la finalidad de establecer su viabilidad y efector; se le ordenó expedir la normatividad general de que tratan las disposiciones del literal e) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, relativas al otorgamiento y prórroga de las concesiones para la explotación del servicio públicos de televisión nacional de operación privada; se le ordenó decidir dentro del mes siguiente al cumplimiento de todas las órdenes lo relativo a la apertura del proceso para la concesión de la explotación del servicio.*

*(…)*

*El cumplimiento de esas órdenes, entonces, no excusa la conducta de la convocante en lo relativo a la no adjudicación y posterior entrada en operación del tercer canal, en la medida en que se impartieron tales órdenes porque, según la valoración efectuada por el Consejo de Estado, las autoridades demandadas de la acción popular, entre ellas y principalmente la CNTV (hoy ANTV), había incumplido sus funciones relacionada con la expedición de reglamentación general que en igualdad de condiciones rigiera la entrada de nuevos operadores, y con tramitar y obtener la liberación de frecuencias para la operación de un solo canal.*

*(…)*

*A juicio del Tribunal, es claro que así como el referido fallo del Consejo de Estado sirve de prueba a la ANTV, para según su comprensión del tema, explicar su retraso que a partir de entonces –marzo o junio de 2014- se produjo para adelantar los trámites asociados a un nuevo proceso licitatorio para la concesión de la operación del tercer canal por cuenta de órdenes impartidas en su parte resolutiva, al mismo fallo hay que igualmente reconocerle, el mismo énfasis, virtualidad demostrativa en el componente plasmado en su parte motiva, ratio de lo ordenado, lo cual conforme quedó evidenciado en la reseña aquí efectuada de tal decisión, ubica los reproches que formula en la órbita de las funciones y responsabilidades de la ANTV, consideración de la que no puede prescindir este Tribunal en tratándose de una decisión con fuerza de cosa juzgada, en este caso, además, proferida por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, con lo que ello comporta en términos de jerarquía institucional. (Subrayas de la Sala).*

*Para este Tribunal Arbitral, la apreciación del fallo en cuestión, ineludible en- cuanto a su alcance formal y material, debe ser panorámica e integral, y así considerada conduce a la conclusión sentada líneas atrás: conforme a lo expuesto y decidido en el pronunciamiento del Consejo de Estado de marzo 27 de 2014, el hecho generador del desequilibrio económico que en este proceso se reclama, de cara al período que es relevante en el presente trámite -vale decir, desde enero de 2013 en adelante-, no tiene una fuente exógena, como que, en los términos de esa decisión, quedó negativamente comprometida la valoración de conductas ubicadas en la esfera de las funciones de la ANTV, con efectos que se surten e inciden en el período relevante en cuestión. (Subrayas de la Sala)*

*(…)*

*Conviene insistir en puntualizar que este Tribunal, con imperativo respeto de su competencia y de la institución de la cosa juzgada, limita el examen al período que le atañe* ***-de enero de 2013 en adelante-****, sin invadir ni desconocer en forma alguna lo resuelto en el Laudo de noviembre 7 de 2012, cuyas motivaciones y decisiones, con fuerza de cosa juzgada, se enmarcan en un período de valoración anterior y diferente -entre 1° de julio de 2010 y diciembre de 2012, según se ha señalado reiteradamente-, y con base en los elementos de juicio fácticos, jurídicos y probatorios acopiados en ese trámite arbitral.*

*Así las cosas, no tiene vocación de prosperidad el "PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES", planteado por la ANTV en la demanda principal.*

En consecuencia, el argumento expuesto al amparo de la misma causal tampoco tiene vocación de prosperidad, pues para el panel arbitral quedó claro que a partir del mes de enero de 2013, inclusive, hasta la expedición del Laudo -26/10/16-, en cuanto la decisión no hace distinción alguna sobre periodos parciales, la ANTV no agotó en forma segura y expedita las instancias necesarias para la adjudicación del tercer canal.

Lo que observa la Sala es que la parte convocante pretende reabrir nuevamente el debate en torno a la valoración probatoria y por esa vía sacar avante las pretensiones planteadas ante la justicia arbitral.

Ahora, se recuerda que más allá de la forma de razonar el panel Arbitral y de que la parte recurrente no comparta el fondo de sus planteamientos, lo cierto es que resulta contrario a la técnica del recurso extraordinario de anulación entrar a discutir los aspectos sustanciales de la decisión adoptada por el Tribunal, en cuanto en vía de este recurso sólo resulta procedente alegar defectos de forma constitutivos de errores in procedendo y no in judicando, como al parecer de la Sala es la pretensión del recurrente.

**3.-** Para la convocada, el recurso de anulación no puede ser estudiado bajo la causal 9, sino por la causal 2 del artículo 41, que no fue propuesta. No encuentra razonable la Sala el argumento de la parte convocada relativo a que la causal de anulación, por extralimitación de la órbita de competencia de la Autoridad Nacional de Televisión, debió plantearse con sujeción a la causal 2ª y no la casal 9ª de la citada norma, porque en realidad los argumentos del recurso tienen que ver con la falta de congruencia y por razones de contradicción interna de la decisión, que no aparecen probados.

**COSTAS**

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia.

En los términos de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes las agencias en derecho que la parte recurrente deberá pagar a RCN TELEVISIÓN S.A. Las costas serán liquidadas por Secretaría.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la Autoridad Nacional de Televisión y RCN TELEVISIÓN S.A. el 26 de octubre de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte recurrente a pagar las costas a favor de RCN TELEVISIÓN S.A., al tiempo que se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**Magistrada (e)**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RUBIO**

**Magistrada (e)**

1. *Obra memorial poder otorgado por el Director de la Autoridad Nacional de Televisión al abogado Samuel F. Chalela O. visible a folio 46 del cuaderno principal.*  [↑](#footnote-ref-1)
2. A folio 54 del cuaderno principal obra certificado de existencia y representación de RCN TELEVISIÓN S.A., que da cuenta de su vigencia hasta el año 2047. [↑](#footnote-ref-2)
3. Mediante Acta n.° 1, auto n.° 2 de 9 de febrero de 2015, el Tribunal de Arbitramento admitió la demanda y en lo que concierne a la notificación personal de la convocada y lo relativo al término del traslado dispuso: *“En consecuencia, se ordena notificar personalmente a la parte convocada del auto admisorio de la demanda y al Ministerio Público en los términos del artículo 612 del C.G.P., y correr, acto seguido, traslado de la demanda por el término de veinte (20) días, de acuerdo con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.* ***El término fijado sólo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación”****. (se destaca)* [↑](#footnote-ref-3)
4. 4 *Página 146 del Laudo del 26 de octubre de 2016.* [↑](#footnote-ref-4)
5. *Hernán Fabio López Blanco Procedimiento Civil Parte Especial Octava Edición.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*  [↑](#footnote-ref-7)
8. *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 27 de noviembre de 2017, expediente 59913 A, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.* [↑](#footnote-ref-8)
9. *La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado mínima petita pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.* [↑](#footnote-ref-9)