

LAUDOS ARBITRALES – Prueba – Valor de la Prórroga

Las causales de anulación del laudo arbitral propuestas por RCN consisten en que se profirió un fallo en conciencia, cuando era en derecho, y en que comprende una decisión ultrapetita. En relación con la primera causal, el primero de los cargos está referido a que se dejaron de valorar y apreciar las pruebas que acreditaban que el desequilibrio de la ecuación económica o financiera del contrato, resultaba imputable a la propia entidad estatal; los cargos segundo y tercero comprenden la impugnación del fallo porque la condena se apartaba del dictamen pericial y porque no obraba prueba en el expediente para la condena de perjuicios que impuso el Tribunal de Arbitramento. En relación con la segunda causal, los cargos están referidos a que: las pretensiones sólo invocaban el contrato como fuente de obligaciones y el laudo añadió las normas imperativas y subsidiarias; se condenó al concesionario por concepto de perjuicios por un período que no se había pedido en la demanda; el laudo se pronunció sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa, cuando ello no es competencia de los árbitros. Finalmente, se estudia la violación de derechos fundamentales por defecto fáctico del laudo en la valoración y apreciación probatoria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00088-00(45790)

Actor: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN CNTV

Demandado: RCN TELEVISIÓN S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - SENTENCIA

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de anulación interpuesto por RCN Televisión S.A., en contra del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato de concesión n.º 140 de 1997 celebrado entre RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión CNTV. La sentencia denegará las súplicas del recurso de anulación.

SÍNTESIS DEL CASO

El laudo arbitral impugnado resolvió que el precio de la prórroga del Contrato de Concesión n.º 14, celebrado entre la CNTV y RCN, debía aumentarse, puesto que el equilibrio de su ecuación financiera se había visto alterado como resultado de la falta de entrada en operación del tercer canal de televisión el 1 de julio de 2010. Habida cuenta de que el precio de la concesión se había fijado en función de ese supuesto fáctico y de que ante la ausencia de su concreción el canal RCN sólo tenía un competidor frente a la pauta publicitaria, en lugar de dos, se profirió la condena correspondiente. Las causales de anulación del laudo arbitral propuestas por RCN consisten en que se profirió un fallo en conciencia, cuando era en derecho, y en que comprende una decisión *ultrapetita*. En relación con la primera causal, el primero de los cargos está referido a que se dejaron de valorar y apreciar las pruebas que acreditaban que el desequilibrio de la ecuación económica o financiera del contrato, resultaba imputable a la propia entidad estatal; los cargos segundo y tercero comprenden la impugnación del fallo porque la condena se apartaba del dictamen pericial y porque no obraba prueba en el expediente para la condena de perjuicios que impuso el Tribunal de Arbitramento. En relación con la segunda causal, los cargos están referidos a que: las pretensiones sólo invocaban el contrato como fuente de obligaciones y el laudo añadió las normas imperativas y subsidiarias; se condenó al concesionario por concepto de perjuicios por un período que no se había pedido en la demanda; el laudo se pronunció sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa, cuando ello no es competencia de los árbitros. Finalmente, se estudia la violación de derechos fundamentales por defecto fáctico del laudo en la valoración y apreciación probatoria.

ANTECEDENTES

I Lo que se pretende

1 RCN Televisión S.A. interpuso el recurso de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012, con fundamento en las causales comprendidas en los numerales 6 –*“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*– y 8 –*“Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*– del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (f. 488, c. ppl).

II Trámite

2 El 15 de abril de 2011, la Comisión Nacional de Televisión –CNTV–, mediante apoderado judicial, en ejercicio de los derechos concedidos por la cláusula compromisoria correspondiente –“*CLÁUSULA CUADRAGÉSIMO TERCERA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato o 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, D.C., 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 éstos se efectuará por el centro de arbitraje y conciliación 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 las causales y los efectos de la cláusula de caducidad.*” (f. 80, c. de pruebas 1)–, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que convocara a un Tribunal de Arbitramento para que decidiera en derecho sus reclamaciones en contra de RCN Televisión S.A. (f. 1–99, c. 1).

2.1 Las **pretensiones** comprendieron las siguientes declaraciones y condenas:

PRINCIPALES:

PRIMERA PRINCIPAL GENERAL.- Que se DECLARE que el valor de la prórroga de la Concesión está regulado por la cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión cuyo Precio Base y reglas fijadas para la determinación del valor del ajuste (VDA), así como el Precio Final, obligan y vinculan a las partes de acuerdo con el pacto contractual celebrado entre ellas y con la ejecución que ellas mismas han hecho de la prórroga.

SEGUNDA PRINCIPAL GENERAL.- Que se DECLARE que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que impidieron la adjudicación y entrada en operación a partir del 1º de julio de 2010 de un tercer canal privado de televisión abierta nacional, lo cual había sido considerado para establecer el valor de la Prórroga, de manera que la citada Prórroga se ha ejecutado en circunstancias diferentes y extraordinarias, que implicaron una mayor onerosidad para el concedente (CNTV) consistente en haber percibido por la prórroga un valor menor al representativo de una prórroga de Concesión a ser explotada con solo dos canales de televisión privada nacional.

TERCERA PRINCIPAL GENERAL.- Que se DECLARE que la circunstancia anterior resulta en un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-financiera del Contrato que afecta y resulta oneroso para la CNTV, en cuanto el Contrato se ha ejecutado desde el 1º de julio de 2010 sin la participación de un tercer canal privado de televisión abierta nacional, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la concesión.

CUARTA PRINCIPAL GENERAL.- 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 3º 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 por la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010, según el impacto que se pruebe que dicha circunstancia tiene sobre la valoración pactada, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.

SUBSIDIARIAS A LAS PRETENSIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES GENERALES

Si el H. Tribunal negare las Pretensiones Segunda, Tercera y Cuarta Principales Generales, solicito se sirva despachar favorablemente las siguientes:

Primera subsidiaria.- Que se declare que en la ejecución del contrato y su prórroga ocurrieron hechos que impidieron la adjudicación y entrada en operación a partir del 1º de julio de 2010 de un tercer canal privado de televisión abierta nacional, lo cual había sido considerado para establecer el valor de la Prórroga, de manera que la citada Prórroga, ha resultado, sin causa alguna, en un beneficio de índole patrimonial para el Concesionario, consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el Valor de la Prórroga pactado, y en el detrimento correlativo de la CNTV, consistente en la entrega en concesión del servicio público de televisión por un valor inferior al correspondiente a la participación de un tercer canal privado de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010.

Segunda Subsidiaria.- Que se declare que con base en la circunstancia anterior deberá repararse el menoscabo patrimonial sufrido por la CNTV, en cuanto el Contrato se ha ejecutado desde el 1º de julio de 2010, sin la participación de un tercer canal privado de televisión abierta, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.

Tercera Subsidiaria.- Que con base en las declaraciones anteriores 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 correspondiente al efecto de la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010, según el impacto que se pruebe que dichas circunstancias tienen sobre la valoración pactada, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.

PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS

PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que se DECLARE que el Concesionario faltó al deber de la buena fe contractual en la ejecución del contrato al incurrir en actos que quedarán probados que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV “en función del comportamiento real observado” (Cláusula 7 Contrato de Concesión).

PRETENSIÓN SÉPTIMA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se DECLARE que se le causó daño a la CNTV consistente en la aplicación de un VDA inferior al que corresponde para la INPTV real de los años 2009 y 2010.

PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que como consecuencia de las pretensiones principales enunciadas bajo los literales 5, 6 y 7 anteriores se CONDENE al concesionario al pago de la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en la INPTV real demostrado en el proceso, así a como todos los demás perjuicios correspondientes en el monto acreditado en el proceso y con los ajustes aplicables y que el Tribunal ordene en el Laudo.

SUBSIDIARIAS A LAS PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA PRINCIPALES ESPECÍFICAS

Primera Subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA, SEXTA y SÉPTIMA PRINCIPALES, solicito que DECLARE que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real de 2009 y 2010 para arrojar una cifra inferior a la real, de manera que la ejecución de la citada Prórroga, hasta la fecha de la expedición del laudo, ha resultado sin causa legal alguna, en un beneficio de índole patrimonial para el Concesionario, consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el Valor de la Prórroga pactado, y en el detrimento correlativo de la CNTV, consistente en la entrega en concesión del servicio público de televisión por un valor inferior al que correspondería a la INPTV real.

Segunda Subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA, SEXTA y SÉPTIMA PRINCIPALES solicito que DECLARE que el Concesionario deberá reparar el menoscabo patrimonial sufrido por la CNTV con base en una cifra de INPTV inferior a la real en lo que resulte probado.

Tercera Subsidiaria.- Que con base en las declaraciones anteriores 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 correspondiente a la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar VDA calculado con base en la INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso.

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS

PRETENSIÓN NOVENA PRINCIPAL ESPECÍFICA Que se DECLARE que el Concesionario incumplió el Contrato al aplicar el VDA, a partir de un cálculo de la INPTV indebidamente realizado por el Auditor (sin acopio de la información necesaria, sin la detección de inconsistencias etc. y cualquier otra inadecuada aplicación de la metodología).

PRETENSIÓN DÉCIMA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Declare que como consecuencia de aquellas circunstancias a las que se refiere el numeral anterior, el cálculo de la INPTV real corresponde a una cifra superior a la reconocida para los años 2009 y 2010 en el monto que resulte probado.

PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se DECLARE que se le causó daño a la CNTV consistente en la aplicación de un Precio Final inferior al que corresponde para la INPTV real de 2009 y 2010, en la suma que resulte probada.

PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que como consecuencia de las pretensiones principales enunciadas bajo los literales 9, 10 y 11 anteriores se CONDENE al Concesionario al pago de la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en el INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso, así como a todos los demás perjuicios en la cantidad acreditada en el proceso con los intereses y ajustes aplicables y que el Tribunal ordene en el Laudo.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS APLICABLES AL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS (9 A 12)

- a. Si el H. Tribunal negare la Pretensión 9, solicito que se DECLARE que el cálculo del INPTV del que se desprende el VDA se ha visto afectado por una circunstancia ajena a la CNTV, cual es la inadecuada aplicación por parte del auditor del metodología de cálculo de la INPTV, de lo cual se ha derivada para la CNTV la ejecución del contrato en unas condiciones de precio final más gravosas y perjudiciales para la CNTV.*
- b. Si el H. Tribunal negare la Pretensión 10, solicito que se DECLARE que como consecuencia de aquellas circunstancias a las que se refiere el numeral anterior, el cálculo de la INPTV real corresponde a una cifra superior a la reconocida para los años 2009 y 2010 en el monto que resulte probado.*
- c. Si el H. Tribunal negare la Pretensión 11, solicito que se DECLARE que como consecuencia de las anteriores declaraciones se DECLARE (sic) que se vio menoscabada la CNTV por la aplicación de un VDA inferior al que corresponde para la INPTV real de los años 2009 y 2010, en la suma que resulte probada.*
- d. Si el H. Tribunal negare la Pretensión 12, solicito que se DECLARE que como consecuencia de las pretensiones enunciadas bajo los literales a, b y c anteriores, se CONDENE al Concesionario al pago de la suma correspondiente a la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en la INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso con los ajustes que sean aplicables y que el Tribunal ordene en el Laudo.*

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CORRESPONDIENTES A LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS a, b, c y d anteriores.

- i. Primera Subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones a), b) y c) SUBSIDIARIAS, solicito que DECLARE que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real*

de 2009 y 2010 para arrojar una cifra inferior a la real, de manera que la ejecución de la citada Prórroga, hasta la fecha de la expedición del Laudo, ha resultado sin causa legal alguna, en un beneficio de índole patrimonial para el Concesionario consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el Valor de la Prórroga pactado, y en el detrimento correlativo de la CNTV, consistente en la entrega en concesión del servicio público de televisión por un valor inferior al que correspondería a la INPTV real.

- ii. Segunda subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones a), b) y c) SUBSIDIARIAS, solicito que DECLARE que el Concesionario deberá reparar el menoscabo patrimonial sufrido por la CNTV durante los años 2009 y 2010 con base en una cifra de INPTV inferior a la real en lo que resulte probado.*
- iii. Tercera Subsidiaria.- Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes emitidas de acuerdo con los principios generales del Derecho o cualquier disposición legal aplicable, CONDENE al Concesionario al pago de la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en la INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso.*

PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que se condene al Concesionario al pago de los intereses señalados en el párrafo segundo de la cláusula séptima, sobre todas las sumas que con base en las pretensiones anteriores resulte condenado el Concesionario por concepto de un mayor (sic) en el Precio Final de la prórroga de la concesión.

PRETENSIÓN DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL ESPECÍFICA. Que se condene en costas al Concesionario.

2.2 Como fundamento fáctico de sus pretensiones la CNTV indicó:

2.2.1 El 26 de diciembre de 1997, la CNTV y RCN celebraron el Contrato de Concesión n.º 140, cuyo objeto comprendía *“la operación y explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N1”*. En la cláusula quinta se estipuló que *“el plazo de ejecución”* era de 10 años *“contados a partir del inicio de la operación”*, el cual tuvo lugar el 1 de enero de 1999, y que la prórroga sería solo por una vez, *“por el mismo término del contrato original sin que sea objeto de un nuevo proceso licitatorio o selectivo previo”*. Durante su vigencia se suscribieron ocho otrosíes, de los cuales sólo el último tiene efectos sobre el conflicto que se propuso ante el Tribunal de Arbitramento.

2.2.2 El 2 de diciembre de 2008, la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval – CGI, entregaron el *“Informe Final*

Conjunto”, el cual incluía, entre otros asuntos, la información correspondiente al valor de la prórroga de los concesionarios de televisión abierta privada nacional. RCN y Caracol plantearon una serie de observaciones al informe referido, razón por la cual se contrató a Alberto Carrasquilla Barrera para que rindiera un nuevo informe, el cual fue presentado el 7 de enero de 2009, bajo el nombre de *“Precio de las licencias de televisión abierta para el nuevo período regulatorio 2009–2018”*. La diferencia entre los dos informes consiste en que en el primero se tiene en cuenta el cálculo proyectado de los ingresos de todo el período de la prórroga de la concesión (2009–2018), mientras que en el segundo solamente se toman dos años tipo (2009 y 2010). Así, *“el valor de la prórroga de la concesión correspondería a \$264.367 MM para cada uno de los operadores de ese momento (RCN y Caracol), mientras que el valor de la concesión para un tercer concesionario de canal privado de televisión nacional correspondería a \$69.276 MM”*.

2.2.3 La CNTV expidió la resolución n.º 001 del 8 de enero de 2009, por medio de la cual aprobó la prórroga de los contratos de concesión celebrados con RCN y Caracol. Así, el 9 de enero de 2009, la CNTV y RCN suscribieron el otrosí n.º 8 para prorrogar el contrato de concesión n.º 140 de 1997, en cuya cláusula séptima –*“valor del contrato”*– se precisa: (i) la indicación del Precio Base que el concesionario debe pagar; (ii) el denominado Valor de Ajuste (VDA) que se establece en función del comportamiento real de la Inversión Neta en Publicidad en Televisión Abierta, Nacional, Regional y Local (INPTV); (iii) la existencia, designación, funciones, facultades y, en general, obligaciones y forma de contratación y remuneración de un *“tercero idóneo”*, denominado *“auditor”*, encargado de establecer el valor de la INPTV durante los años 2009 y 2010; (iv) la forma como la CNTV determinará el Precio Base Ajustado y los rangos máximo y mínimo del mismo; (v) la manera como se establece el Precio Final y la obligación de pagar un Precio Base antes de que se estructure de manera cierta y definitiva el Precio Final; (vi) la forma como debe imputarse y devolverse o completarse lo que el concesionario hubiere pagado en exceso o defecto, frente a lo que haya resultado ser el Precio Final; (vii) la manifestación del concesionario de que la inclusión de la presente cláusula en el otrosí no significa su conformidad con el Precio Base, ni con las reglas fijadas por la Comisión para la determinación del valor de la prórroga y que se reserva el derecho de impugnar o reclamar si ello resultare procedente y; (viii) la advertencia de las partes consistente en que el valor de la prórroga ha sido determinado con base en el resultado de la aplicación

de un método de valoración “sobre unos supuestos de mercado” y que, por ende, se reservan el derecho a reclamar, cuando “estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato”.

2.2.4 La cláusula cuadragésima octava del contrato, a partir de la modificación realizada a través del otrosí n.º 8, dispuso que a favor de RCN se otorgaba “una prórroga para la operación y explotación de un canal de televisión privada de cobertura nacional con la participación de dos operadores incumbentes (sic) y un nuevo operador a partir del 1 de julio de 2010”. Mediante comunicación escrita del 9 de enero de 2010, RCN expresó a la CNTV que había tenido en cuenta, “como elemento esencial de su consentimiento”, para efectos de la suscripción del otrosí n.º 8, “la entrada en operación comercial del denominado tercer canal, no antes del 1º de julio de 2010”. La entrada en operación de un tercer canal privado de televisión abierta de cobertura nacional no tuvo lugar a partir del 1 de julio de 2010.

2.2.5 El 15 de julio de 2009, RCN y Caracol contrataron a Ernst & Young para que, bajo la denominación de “auditor”, ejecutara las actividades y servicios correspondientes al cálculo del “valor de la Inversión Neta en Publicidad en televisión Abierta, Nacional, Regional y Local – INPTV”. El 10 de marzo de 2010 el auditor presentó el informe final del valor de la INPTV para los años 2008 y 2009 y el 7 de enero de 2011, presentó el informe correspondiente a los años 2009 y 2010. En relación con estos informes se presentaron múltiples observaciones de parte de la CNTV, RCN y Caracol, así como también un número plural de respuestas y explicaciones del auditor.

2.2.6 Habida cuenta de los cálculos realizados:

...se puede señalar desde ya, que la diferencia respecto al precio de la prórroga inicialmente contemplado (\$147.436.000.000, esto es, aun sin ajustar por efecto de la no entrada del tercer canal), con el precio que arroja la tabla ajustada por el efecto de la no entrada del tercer canal, indica que el impacto por este concepto sería, al menos de \$65.627.000.000 por cada uno de los concesionarios de canales privados de televisión abierta de cobertura nacional. Sin embargo, si no prosperare la pretensión de ajustar el precio de la prórroga por el efecto de la no entrada del tercer canal, la diferencia entre lo pagado por el concesionario y el precio real de la prórroga obtenida con una INPTV adecuadamente calculada por el efecto de la deflactación y la estacionalidad de diciembre de 2010, según la tabla originariamente pactada, sería de al menos \$42.609.000.000.

3 El 31 de agosto de 2011, RCN **contestó** la demanda arbitral: aceptó la veracidad de algunos hechos, negó la de otros y se atuvo a lo que se probara en relación con los demás. Propuso las excepciones de: falta de jurisdicción y competencia; el demandante no puede alegar su propia culpa; improcedencia del restablecimiento del equilibrio por causas imputables a la CNTV; indebida integración del contradictorio por pasiva; inexistencia de los supuestos incumplimientos a la buena fe contractual; violación del debido proceso e ineptitud de la demanda por violación de los requisitos formales; inexistencia de los presupuestos para la imputación de responsabilidad por el hecho de un tercero; la mitigación del daño; la “genérica” (f. 190–257, c.1). En particular, acerca de las excepciones que de mayor importancia resultan para desatar el recurso, expuso:

El demandante no puede alegar su propia culpa: Hechos de la excepción: de conformidad con el texto de la demanda, se evidencia que tanto algunos de los hechos como algunas de las pretensiones allí contenidas se fundamentan en la no entrada en vigencia del tercer canal privado de televisión abierta, pese a que, de conformidad con la Constitución Política y con la Ley 183 de 1993, la entrada en operación del tercer canal depende en buena medida de la labor diligente que a este respecto cumpla la CNTV, pues es dicha entidad quien concibe los procesos y adjudica los contratos de concesión respectivos. En consecuencia la no entrada en operación del tercer canal privado de televisión abierta es consecuencia exclusiva de la conducta negligente, en sumo grado, de la CNTV, por lo que el demandante no puede pretender beneficiarse con su propia culpa, como se deriva de los hechos y las pretensiones de la demanda. Es que en nuestro sistema jurídico nadie puede obtener provecho de su propia culpa – Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. Fundamentos de la excepción: fundamento esta excepción en los artículos 76, 77 y 83 de la Constitución Política, en el artículo 834, 835 y 871 del Código de Comercio y en todas las demás disposiciones legales y principios generales del derecho aplicables.

Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV: Hechos de la excepción: ...de conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el restablecimiento de la ecuación financiera procede únicamente en aquellos eventos en los que dicho equilibrio se rompe por causas no imputables a quien resulta afectado, por lo que si es el propio afectado el que ha causado el rompimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato, su restablecimiento se torna improcedente a la luz del artículo 27 de la Ley 80 de 1993. En el presente caso, la CNTV alega que la causa del desequilibrio de la ecuación económico financiera del contrato se produjo por la no entrada en operación del tercer canal de televisión abierta nacional, pese a que la suerte del tercer canal es imputable única y exclusivamente a la impericia, negligencia, falta de transparencia, incuria y culpa grave en que incurrió la CNTV, con el concurso de sus

distintos asesores. Fundamentos de la excepción: fundamento esta excepción en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y en todas las demás disposiciones legales aplicables.

4 El Ministerio Público rindió su **concepto** y concluyó que en el presente caso no había lugar a aplicar la teoría de la imprevisión, puesto que en los procesos de licitación de alta complejidad, como el sometido a juicio, es previsible que se presenten circunstancias que lleven a su fracaso e impidan adjudicar el contrato. No obstante, debe ordenarse el restablecimiento del equilibrio contractual, debido a que quedó probado que la no entrada del tercer canal a partir del 1º de julio de 2010 implicó la ruptura de la ecuación económica del contrato, en razón a que el modelo económico de las concesiones se calculó con base en un mercado en el que competirían en igualdad de condiciones tres operadores, y que esta circunstancia no es atribuible ni imputable a la CNTV. En ese orden de ideas, se debe aplicar el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y adoptar una fórmula de reajuste para mantener la igualdad de los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, para lo cual propone la tabla contenida en la cláusula séptima. Acerca de las pretensiones para obtener el ajuste del precio final del contrato por valores mayores de INPTV para los años 2009 y 2010, las desestima por falta de pruebas (f. 190–309, c. ppl.).

5 El Tribunal profirió el **laudo arbitral** correspondiente el 7 de noviembre de 2012 (f. 325–487, c. ppl.).

5.1. El laudo comprendió una “*Primera parte*” que denominó “*Antecedentes*”, en la cual se hizo referencia, bajo el título “*I Antecedentes del proceso y desarrollo del trámite*”, a: “*1. Las partes y sus apoderados; 2. El pacto arbitral; 3. El Tribunal arbitral y el trámite preliminar; 4. El proceso arbitral*”. Dentro de éste último se trataron los temas: “*A. La competencia del Tribunal; B. Las pruebas decretadas y practicadas a) prueba documental; b) oficios; c) declaraciones de terceros; d) interrogatorios de parte; e) dictamen pericial; f) inspección judicial; C. Los alegatos de conclusión. D. El concepto del Ministerio Público. E. Audiencias del Tribunal. F. Término de duración del proceso*”. Con posterioridad, bajo el título “*II Cuestiones objeto de controversia*”, explicó: “*1 Pretensiones de la demanda. 2. Excepciones de mérito. 3. Los hechos*”.

5.2 En la “*Segunda parte*”, llamada “*Consideraciones del tribunal*”, bajo el título “*I Entendimiento de los hechos relevantes*”, se desarrollaron los siguientes temas:

“1. La conformación del precio de la prórroga de la concesión. 2 La entrada en operación de un tercer canal y el precio. 3. La contratación del auditor. 4. La suscripción de la prórroga del contrato de concesión. 5. Cuestionamientos al trabajo del auditor. 6. Revisiones y recálculos que plantea la convocante. 7. Efectos concurrentes o acumulados”. Más adelante, en el título *“II El entendimiento de las pretensiones y su articulación con las excepciones de la convocada”*, el laudo presentó: *“1. Pretensiones principales generales. 2. Pretensiones subsidiarias de las pretensiones segunda, tercera y cuarta principales generales. 3. Pretensiones principales específicas (primer grupo). 4. Pretensiones subsidiarias de las pretensiones principales específicas quinta, sexta y séptima (primer grupo). 5. Pretensiones principales específicas (segundo grupo). 6. Pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones principales específicas. 7. Pretensiones subsidiarias correspondientes a las pretensiones subsidiarias (a), (b), (c) y (d) anteriores.* Con posterioridad, se analizaron, bajo la denominación de *“III Cuestiones previas”*, los aspectos concernientes a: *“1. Tacha de un testigo. 2. La conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva. 3. La competencia del Tribunal y el enriquecimiento sin causa”.*

5.3 Bajo el título *“IV El precio en esta controversia”*, se analizaron los siguientes temas: *“1. La determinación del precio”*; *“2. Los elementos de la estructuración del precio en este caso: “un modelo de valoración” y “unos supuestos de mercado”*; *“3. La conformación del precio”* y *“4. Conclusión del Tribunal”*. Los árbitros concluyeron que el precio era el hilo conductor del litigio y que su determinación estaba sujeta a la cláusula séptima, pero que no era la única fuente normativa para ello.

5.4 La sentencia continuó su estudio en el título *“V El pretendido rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato”*, dentro del cual estudió la *“1 Posición de la convocante”* y la *“2 Posición de la convocada”*. Bajo el título *“3 Consideraciones del Tribunal”*, el Tribunal recordó que en el otrosí n.º 8, las partes manifestaron, respecto de la cláusula séptima, que *“se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato”*. En ese orden de ideas, con la denominación *“A. La decisión que se proferirá”*, el Tribunal manifestó que se había configurado el rompimiento de *“la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de concertar la prórroga”* y que por ello declarararía la prosperidad de las pretensiones correspondientes. En los apartes denominados *“B. La ecuación contractual”* y *“C.*

Rompimiento de la ecuación contractual”, el Tribunal indicó que para el restablecimiento, las normas exigen que la causa del rompimiento no sea imputable a quien resulte afectado y bajo el título *“D. Manifestaciones relevantes de las partes”* consideró que el precio de la prórroga dependía de que un tercer canal entrara en operación a partir del 1 de julio de 2010. Con base en lo anterior concluyó que *“este contrato y su prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijadas por el instituto del restablecimiento de la ecuación económica financiera por fuerza”*. En ese orden de ideas, con el nombre *“E. El caso sometido al Tribunal”*, analizó las circunstancias especiales de los dos procesos licitatorios y afirmó que la entidad había sido diligente, pero que la intervención extraordinaria de la Procuraduría y del Consejo de Estado, había impedido que se adjudicara la operación y explotación del tercer canal. Bajo el título *“F. Monto del desequilibrio y su restablecimiento”*, de acuerdo con el peritaje realizado dentro del proceso, cuantificó el impacto que tuvo en el precio de la prórroga *“la no entrada en operación del tercer canal el 1º de julio de 2010 y asumiendo la entrada de ese tercer canal en enero de 2012, con una participación del 33% de la INPTV”*; concluyó que el valor que se debía pagar era de \$32.363.739.667, de acuerdo con la explicación que más adelante se detalla.

5.5 En el apartado denominado *“VI Pretensiones vinculadas con la INPTV”*, se analizaron los cargos concernientes a *“1 La Convocada faltó a la buena fe al incurrir en actos que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV”*, *“2 En la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real de 2009 y 2010”*, *“3 El concesionario incumplió el Contrato al aplicar el ‘VDA’, a partir de un cálculo de la INPTV indebidamente realizado por el auditor”*, *“4 El cálculo de la INPTV se ha visto afectado por una circunstancia ajena a la CNTV consistente en la inadecuada aplicación por parte del auditor de la metodología de cálculo de la INPTV”*, todos los cuales fueron desestimados por parte del Tribunal. No es del caso exponer los argumentos correspondientes, puesto que no tienen incidencia dentro de la materia objeto del recurso de anulación que se estudia.

5.6 Acerca de las excepciones, bajo la denominación *“VII Pronunciamiento expreso sobre las excepciones de la convocada”*, se analizaron las de *“1 Falta de jurisdicción y competencia”*, *“2 El demandante no puede alegar su propia culpa”*, *“3 Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV”*, *“4 Indebida integración del contradictorio por pasiva”*, *“5*

Inexistencia de los supuestos incumplimientos a la buena fe contractual”, “6 Violación del debido proceso e ineptitud de la demanda por violación de los requisitos formales”, “7 Inexistencia de los presupuestos para la imputación de responsabilidad por el hecho de un tercero”, “8 La mitigación del daño” y “9 La excepción genérica”. Finalmente, se analizaron los títulos de “VIII Sucesión procesal”, “IX Estimación jurada de perjuicios” y “X Costas”, sin que estos títulos sean de relevancia para resolver el caso concreto.

5.7 En la “Tercera parte – Decisiones del Tribunal”, se resolvió:

Primero.- Declarar que el valor de la Prórroga del Contrato de Concesión n.º 140 de 1997, suscrita el 9 de enero de 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 de julio de 2010 causó un desequilibrio en la ecuación económica y financiera del Contrato a que se refiere la resolución anterior, que debe ser restablecida a 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 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.

Cuarto.- Por no haber sido demostrados sus presupuestos de hecho, declarar que no prosperan las Pretensiones fundadas en haber faltado la Convocada “al deber de la buena fe contractual en la ejecución del contrato”. En consecuencia, no prospera el “PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS”, quinta, sexta, séptima y octava.

Quinto.- Por no estar demostrados los requisitos del enriquecimiento sin causa, invocado como fundamento de ellas, declarar que no prosperan las pretensiones tituladas “SUBSIDIARIAS A LAS QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA PRINCIPALES ESPECÍFICAS”, subsidiarias de las anteriores Pretensiones PRINCIPALES ESPECÍFICAS, que no prosperaron.

Sexto.- Declarar que no prospera el “SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS” novena, décima,

décima primera y décima segunda, por no estar demostrado el supuesto de hecho del incumplimiento del contrato, imputado por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV a RCN TELEVISIÓN S.A.

Séptimo.- Declarar que no prosperan las PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, de las anteriores Pretensiones Principales que acaba de desestimar el Tribunal, por no haberse demostrado los supuestos de hecho de que se procedió a establecer la Inversión Neta en Publicidad en Televisión Abierta Nacional, Regional y Local, INPTV, de los años 2009 y 2010 con una inadecuada, errónea o equivocada metodología de cálculo. En consecuencia, no prosperan las PRETENSIONES (a), (b), (c) y (d) que componen el grupo titulado "PRETENSIONES SUBSIDIARIAS APLICABLES AL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS (9 A12).

Octavo.- Declarar que no prosperan las SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (i, ii y iii), de las Pretensiones Principales a que se refiere la sexta resolución anterior, por no estar demostrados los requisitos del enriquecimiento sin causa invocado como fundamento de estas "PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CORRESPONDIENTES A LA (sic) PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (a), (b), (c) y (d) anteriores.

Noveno.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia declarar que no prospera la Pretensión Décima Tercera Principal de la Demanda.

Décima.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia declarar que carecen de fundamento y, en consecuencia, no prosperan las excepciones propuestas por RCN TELEVISIÓN S.A.

Décimo Primero.- Abstenerse de imponer condena en costas de acuerdo con las consideraciones consignadas en la parte motiva de este Laudo arbitral.

Décimo Segundo.- Declarar que los efectos de este Laudo arbitral que obtenga la Convocante (declaraciones y condenas) corresponderán a la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, ANTV, por virtud de lo ordenado en la Ley 1507 del 10 de enero de 2012. En igual forma se procederá respecto de cualquier reembolso de sumas de dinero que tuviere que hacer el Presidente del Tribunal.

Décimo Tercero.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente hará los pagos respectivos e informará el estado de los dineros de este arbitraje que han estado bajo su cuidado.

Décimo Cuarto.- Ordenar que por Secretaria se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, y copias simples para el Ministerio Público y para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Quinto.- Disponer que, una vez se encuentre en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo Notarial de Bogotá, D.C.

6 El **recurso extraordinario de anulación** fue presentado por RCN con fundamento en las causales comprendidas en los numerales 6 y 8 del artículo 163

del Decreto 1818 de 1998. También invocó la vulneración de derechos fundamentales. En relación con la primera causal, el recurrente expuso los cargos correspondientes: (i) *“el tribunal se apartó caprichosamente de la apreciación y valoración del acervo probatorio al examinar la excepción denominada improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV”*; (ii) *“la condena por \$32 362 739 667,00 se aparta del dictamen obrante en el proceso”*; (iii) *“haber condenado a pagar la suma de \$11.082 millones, por actualización correspondiente al impacto de la no entrada del tercer canal de televisión en el año 2012, sin que exista prueba alguna de dicho valor, regular y oportunamente allegada al expediente”*. En relación con la segunda causal, los cargos están referidos a que el laudo dispuso sobre asuntos que no habían sido pedidos en la demanda. Así, el fallo es *ultra petita*: (i) puesto que el Tribunal declaró que el valor de la prórroga del contrato de concesión n.º 140 de 1997 estaba regulado por la cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión y *“por las normas imperativas y subsidiarias pertinentes, de acuerdo con las consideraciones de este Laudo Arbitral”*; (ii) *“por condenar al concesionario a pagar el efecto de la no entrada del tercer canal de televisión por el período del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre del mismo año”*; (iii) *“por pronunciarse sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa del concesionario”*. Finalmente, el recurrente indicó que en el caso concreto procede la anulación del laudo arbitral por la vulneración de derechos fundamentales, en concreto, porque hubo *“violación al debido proceso por defecto fáctico”* (f. 44–60, c. ppl.). La sustentación de los cargos relacionados será expuesta con posterioridad.

7 El Ministerio Público rindió el **concepto** correspondiente y pidió al Consejo de Estado que se abstuviera de declarar la nulidad del laudo arbitral. En relación con la causal comprendida en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, afirmó que el laudo impugnado *“contiene una argumentación sustentada en normas jurídicas y en las pruebas aportadas, pedidas, decretadas y practicadas por las partes, no solo para estudiar las pretensiones, sino para despachar las excepciones propuestas por la convocada, lo cual desvirtúa la existencia de un fallo en conciencia y la ocurrencia de la causal alegada por los recurrentes”*. Con respecto a la causal prescrita en el numeral 8, concluyó que tampoco se configuraba, pues la decisión arbitral *“no fue más allá de lo solicitado en la demanda y las declaraciones y condenas están dentro de los parámetros consignados en el libelo petitorio”* (f. 640–656, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I Competencia

8 La Sala es competente para conocer y decidir el asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998¹, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007².

II Problema jurídico

9 La Sala decidirá los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la conclusión comprendida en el laudo arbitral, en virtud de la cual no resulta imputable a la CNTV la falta de entrada en operación del tercer canal de televisión, constituye un fallo en conciencia por no haber considerado las pruebas obrantes en el expediente, de suerte que procede la declaratoria de nulidad por encuadrarse en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (ii) ¿la condena impuesta se apartó del dictamen pericial y por tal razón constituye un fallo en conciencia que debe ser anulado de conformidad con los dictados del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (iii) no obraba prueba en el expediente para imponer condena al concesionario por los perjuicios ocasionados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012 y, por tal razón, ¿procede la declaratoria de nulidad referida en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (iv) ¿la conclusión del Tribunal de Arbitramento en el sentido de que las partes estaban obligadas para efectos del precio de la prórroga, no sólo al contrato, sino también a las normas imperativas y subsidiarias, configura una decisión *ultrapetita*, de suerte que procede la anulación del laudo en los términos del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (v) no se pidió en las pretensiones ni en los hechos de la demanda condenar al concesionario por los perjuicios

¹ Artículo 36, Ley 446 de 1998: “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: ... 5 Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia...”

² Artículo 22: El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así: “Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.

ocasionados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012, por tal razón ¿procede la declaratoria de nulidad del numeral 8 según el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (vi) ¿se pronunció el laudo sobre la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, de suerte que constituye un fallo *ultrapetita* que debe ser anulado, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998?; (vii) ¿se vulneraron derechos fundamentales por error fáctico en la apreciación de las pruebas, de manera que procede la anulación del laudo arbitral?

III Análisis de la Sala

10 Como punto de partida, es importante advertir que bajo perspectiva alguna el recurso de anulación constituye una segunda instancia en la cual se puedan controvertir las decisiones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, ni su apreciación de los elementos probatorios y, en tal virtud, el juicio de la Sala se contraerá a confrontar las imputaciones del recurrente, el texto del laudo y la normatividad aplicable para concluir si en efecto se configura alguna causal de anulación.

A Fallo en conciencia

11 En relación con la causal comprendida en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se presentarán los argumentos del recurrente, lo que dispuso el laudo y el análisis de la Sala.

Primer cargo. Argumentos del recurrente

11.1 El recurrente afirma que en el caso concreto se configura la causal, puesto que *“en el fallo se evidencia que se pretermitió la valoración y/o la apreciación del acervo probatorio. Cuando el fallo se aparta de la prueba allegada al expediente y el juez acude a la libre apreciación de los hechos para decidir de acuerdo a su íntima convicción sobre lo justo o equitativo, es decir, que su decisión encuentra apoyo en su propio y personal criterio”*.

11.1.1 El primero de los cargos del recurrente para sustentar la causal consiste en que: *“el tribunal se apartó caprichosamente de la apreciación y valoración del acervo probatorio al examinar la excepción denominada improcedencia del*

restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV". En tal sentido, afirma que el laudo ignoró su deber legal de fundamentarse en las pruebas obrantes en el expediente, de acuerdo con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, y desatendió su obligación de apreciar todas y cada una de las pruebas, de acuerdo con el artículo 187 del mismo ordenamiento, puesto que sin explicar los motivos, ni enumerar las pruebas de su dicho, asignó la responsabilidad *"de la no entrada del tercer canal a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo de Estado, para efectos de señalar que por dicha circunstancia el desequilibrio alegado por la Comisión Nacional de Televisión no le era imputable a ella"*.

11.1.2 Afirmó el recurrente, con referencia a la frustración de la Licitación Pública n.º 001 de 2010, que la Procuraduría General de la Nación *"jamás impidió la adjudicación del tercer canal"*, puesto que a través del oficio del 7 de enero de 2010 se limitó a sugerir a la CNTV revocar la apertura de ese proceso licitatorio, *"cuya responsabilidad era única y exclusivamente de la CNTV"*, sobre la base de que *"no cumplía con principios básicos del ordenamiento jurídico y había generado observaciones insalvables por parte de los organismos de control"*. De suerte que el acto de revocación referido fue expedido libremente, sin presión alguna de parte de la entidad de control.

11.1.3 En relación con la Licitación Pública n.º 002 de 2010, observa el recurso que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante fallo del 14 de febrero de 2012, declaró la nulidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones. La CNTV, a pesar de que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado había advertido con anterioridad esa ilegalidad, acogió *"obstinadamente un pliego de condiciones con un método de adjudicación contrario a la ley"*, es decir, la posibilidad de adjudicar el contrato con una sola propuesta, razón por la cual es la responsable de las consecuencias que ello haya ocasionado. El recurrente asevera que *"en el expediente obra casi un centenar de pruebas mediante las cuales se demuestra fehacientemente que la CNTV fue la responsable de que no entrara en operación el tercer canal de televisión"* y procede a referirlas. Afirma que la falta de operación del tercer canal no es imputable a la concesionaria y concluye:

... el fallo en lo concerniente a negar la excepción propuesta por mi representada denominada "improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV", fue un fallo

que se adoptó en conciencia debiendo ser en derecho porque se cumplieron los presupuestos que la extensa y pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado han señalado para definir cuando un fallo es en conciencia: -El laudo debía proferirse en derecho en virtud de la Ley 80 de 1993 y de la propia cláusula compromisoria; -La consideración del Tribunal de Arbitramento en virtud de la cual la responsabilidad de la no entrada del tercer canal corresponde a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo de Estado y que, por lo tanto, dicha circunstancia no le era imputable a la CNTV, se fundamentó en la íntima convicción del Juez en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio identificándose esta decisión con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”); -En el fallo es evidente que el Tribunal de Arbitramento pretermitió la valoración y/o la apreciación del acervo probatorio (no se refirió siquiera a una sola de las ochenta y nueve (95) (sic) pruebas atrás relacionadas y a las demás que obran en el expediente y acudió a la libre apreciación de los hechos, para decidir de acuerdo a su íntima convicción sobre lo justo o equitativo, es decir, que su decisión encontró apoyo en su propio y personal criterio.

11.1.4 Con fundamento en la causal referida, el segundo cargo consiste en que *“la condena por \$32 362 739 667,00 se aparta del dictamen obrante en el proceso”* y el tercero radica en *“haber condenado a pagar la suma de \$11.082 millones, por actualización correspondiente al impacto de la no entrada del tercer canal de televisión en el año 2012, sin que exista prueba alguna de dicho valor, regular y oportunamente allegada al expediente”*. Así, de conformidad con lo expuesto por el recurrente, el Tribunal de Arbitramento consideró apropiado por sí y ante sí, sin exhibir razón científica alguna, la experticia obrante en el proceso para calcular la no entrada del tercer canal de televisión para los años 2010 y 2011. En el mismo sentido, respecto del año 2012, el cálculo para definir el valor por la no entrada en operación del tercer canal *“se fundamentó en la íntima convicción del Juez en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio identificándose esta decisión con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”) y no en las pruebas del proceso”* y se desatendió lo ordenado por los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones

11.2 La Sala ha dispuesto de manera pacífica que un laudo se profiere en conciencia cuando *“el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión. También ha dicho que esa estirpe de decisiones, se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio o de las normas*

jurídicas, por la ausencia de razonamientos jurídicos o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada. En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones”³. El ordenamiento jurídico ha impuesto para la prosperidad de la causal de anulación referida, una exigencia de la mayor importancia, que no puede ser soslayada, y es aquella consistente en que la circunstancia de haber fallado en conciencia debe aparecer “manifiesta en el laudo”, lo cual ha sido entendido por parte de la Sala en el siguiente sentido:

Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “1. adj. Descubierta, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.” –Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484-. En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible⁴.

11.2.1 El laudo impugnado no será anulado con base en lo prescrito en esta causal, puesto que en forma alguna aparece evidente, claro, patente, protuberante que el fallo haya sido proferido en conciencia.

11.2.2 El recurrente echa de menos el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 174 –“Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente n.º 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Dentro de la providencia se hace referencia a otras que la Sección Tercera profirió, en relación con el fallo en conciencia: sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (expedientes n.º 6695, 16766 y 24320); sentencia de septiembre 14 de 1995 (expediente n.º 10468); sentencia de junio 18 de 2008 (expediente n.º 34543); sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (expedientes n.º 19273, 19090, 29704 y 34543); sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (expedientes n.º 15623 y 18411).

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, expediente n.º 43089, C.P. Enrique Gil Botero

las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”– y 187 del Código de Procedimiento Civil –“Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”–. La doctrina nacional más autorizada indica que el objeto de la prueba son los hechos, al afirmar que “la acepción de hechos, como objeto de la actividad probatoria en una investigación judicial o en un litigio, es de cosas que suceden, cuando son de alguna importancia en la discusión o en el litigio. Es el asunto o materia de que se trata, el caso sobre que se litiga o que da motivo al proceso o litigio, y así se dice que el hecho está probado”⁵.

11.2.3 En el caso concreto los hechos fueron debidamente acreditados con las pruebas que obraban en el expediente, asunto respecto del cual conviene recordar que dentro del laudo arbitral se encuentran relacionadas las pruebas con base en las cuales se analizó la totalidad de la litis y se tomaron las decisiones respectivas⁶, de suerte que no es posible hablar de preterición ni de suposición de las pruebas.

⁵ A. ROCHA, *De la prueba en derecho*, Dike, 1990, p. 25.

⁶ “PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS. 14. En la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las que se practicaron en su totalidad, como se relaciona a continuación. A) Prueba Documental. 15. Mediante auto No. 8, el Tribunal ordenó tener como pruebas de la Convocante, los documentos aportados y relacionados en el capítulo de las pruebas de la Demanda, así como los entregados con el memorial presentado el 16 de septiembre de 2011, al descorrer el traslado de las Excepciones. De igual forma ordenó tener como pruebas las documentales relacionadas en el capítulo 4 de la Contestación de la Demanda y aportadas con tal escrito y, como prueba trasladada, el testimonio rendido por MAURICIO SÁNCHEZ, en su calidad de Gerente de IBOPE COLOMBIA, como prueba decretada y practicada dentro del tribunal de arbitramento que se adelantó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá entre CARACOL TELEVISIÓN S.A. vs la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV y que fue aportada con la demanda. Dichas pruebas obran en los cuadernos de pruebas Nos. 1 a 12 y folios 1 a 79 del Cuaderno de Pruebas No. 13. 16. Igualmente, se incorporaron al expediente como pruebas, los documentos entregados por algunos testigos en sus declaraciones o en la oportunidad indicada por el tribunal (folios 144 a 140 del Cuaderno de Pruebas No 13), así como los aportados de común acuerdo por la Convocante y Convocada los días 5 de junio y 16 de julio de 2012 (Cuaderno de Pruebas Nos 18 a 22). b) Oficios. 17. El Tribunal ordenó que por Secretaría se librasen los siguientes oficios: 18. Al Representante de ASOMEDIOS, para que remitiera copia íntegra y auténtica de los informes preparados por dicha entidad con el propósito de calcular la INPTV de 2009 y de 2010. 19. Al Consejo de Estado, para que remitiera copia íntegra y auténtica de: (i) La ampliación del concepto No. 1966, emitido el veinticinco (25) de febrero de 2010 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-06-000-2009-00049- 00. Referencia: Pluralidad de oferentes en adjudicación de tercer canal de televisión. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina; (ii) La Providencia del diecinueve (19) de julio de 2010, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicación No. 11001-03-26-000-2010-000-36- 00(38924). C.P (E): Mauricio Fajardo Gómez, mediante la cual se pronunció sobre la admisión de la Acción Pública de Nulidad presentada por Jaime Omar Jaramillo Ayala contra la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 de la CNTV y el numeral 4.11. del pliego de condiciones de la licitación Pública No. 002 de 2010 de la CNTV; (iii) La Providencia del veintidós (22) de marzo de 2011, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicación No. 11001-03-26-000-2010-00036-01(38924). C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; (iv) El Concepto del catorce (14) de julio de 2011 emitido por el Procurador General de la Nación dentro del trámite de la Acción Pública de Nulidad presentada por Omar Jaramillo Ayala contra la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 de la CNTV, el numeral 4.11. del pliego de condiciones de la licitación

11.2.4 En el terreno concreto de los cargos, en relación con el primero, referido a que el Tribunal de Arbitramento se apartó caprichosamente de las pruebas cuando examinó la excepción de improcedencia del restablecimiento por causas imputables a la entidad, la Sala considera que el laudo analizó con detenimiento lo que competía.

pública No. 002 de 2010 de la CNTV. Radicación No: 11001-03-26-000-2010-00036-00(38924). 20. Al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que remitiera copia íntegra y auténtica de la Sentencia del dieciséis (16) de junio de 2011 expedida por su Sección Cuarta, Subsección "B" dentro de trámite de la Acción Popular No. 2010-02404-01. Accionante: Henrmann Gustavo Prada. Magistrada Ponente: Nelly Villamizar de Peñaranda. 21. Al Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, para que remitiera las comunicaciones donde constan las manifestaciones del Ministerio de Defensa respecto de la migración de frecuencias ordenada por la Resolución 2623 de 2009 y, en general, toda correspondencia enviada por ese Ministerio a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN-CNTV, en relación con la licitación del tercer canal de televisión abierta nacional. 22. A la Junta Central de Contadores, para que informe sobre los antecedentes administrativos de que posee las firmas de auditoría denominadas Zenith Optimedia, World Advertising Research Center, Pyramid Research y Enter, de conformidad con el artículo 5º. de la Ley 43 de 1990. 23. A la Presidencia de la República, para que remitiera copia del Decreto 2477 del 12 de julio de 2010. 24. A la Sección Primera del Consejo de Estado, para que allegara copia auténtica del auto del 17 de diciembre de 2010, proferido dentro de la Acción de nulidad interpuesta contra el artículo 15 del Acuerdo 001 de 2008 de la CNTV, y que cursa bajo el radicado 11001032400020100044300. 25. Las respuestas a tales oficios se incorporaron en los folios 86 a 143 del cuaderno de pruebas No. 13 y en los folios 1 a 153 del Cuaderno de Pruebas No. 15. c) Declaraciones de Terceros. 26. En este proceso rindieron testimonio las siguientes personas, a saber: Camilo Antonio Soto Franky, Diego Muñoz Tamayo, Ricardo Alarcón Gaviria, Claudia Silva Escobar, Jaime Robledo Ocampo, Henry Daladier Quiroga, Luz Elena Rodríguez Parra, Francia María Jiménez Franco, Antonio José Gómez Gómez, Alberto Carrasquilla Barrera, María del Pilar Bahamón Falla, Paola Castelblanco Caviedes, Eduardo Rafael Noriega de la Hoz, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Manuel Eduardo Osorio Lozano, Jorge del Cristo Martínez de León (Actas Nos. 8 a 14, 16) 27. Las transcripciones de las declaraciones obran a folios 441 a 734 y 747 a 769 del Cuaderno de Pruebas No. 13, y CD que obra a folio 320 del Cuaderno de Pruebas No. 17. d) Interrogatorios de Parte. 28. Rindió declaración de parte, en representación de la entidad Convocante, el Doctor Jaime Andrés Estrada (Acta No. 18 del 10 de febrero de 2012. Folios 530 del Cuaderno de Principal No 1) y, en representación de la Convocada, el doctor Gabriel Martín Reyes Copello (Acta No. 17 del 3 de febrero de 2012. Folios 508 del Cuaderno Principal). Las transcripciones de las declaraciones obran a folios 296 a 317 del Cuaderno de Pruebas No. 13. e) Dictamen Pericial. 29. El Tribunal decretó práctica de un dictamen pericial. Para estos efectos se designó como perito al profesor Julio E Villarreal Navarro (Acta No 7 del 30 de noviembre de 2011), quien en audiencia realizada el 30 de 2011 tomó posesión del cargo, en los términos de ley (folios 352 a 356 del Cuaderno principal No. 1) y rindió su experticia el 9 de abril de 2012. 30. El Tribunal mediante Auto No. 22 del 24 de abril de 2012, notificado por estado el 25 de abril del mismo año, ordenó correr traslado a las partes (folios 552 a 557 del Cuaderno Principal No. 1) de esa experticia, quienes dentro de la oportunidad legal correspondiente, solicitaron aclaraciones y complementaciones del dictamen rendido (folios 59 a 62 del Cuaderno Principal No. 2) y entregadas por el perito el 4 de junio del mismo año. De las respuestas a las aclaraciones y complementaciones se corrió traslado a las partes mediante Auto No. 26 del 7 de junio de 2012 (folios 90-93 del cuaderno principal No. 2). 31. El dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones obran en el Cuadernos de Pruebas No. 14 y 16. e) Inspección Judicial. 32. El Tribunal decretó mediante auto No. 28 del 20 de Junio de 2012, la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de la entidad Convocante. (folios 115 a121 del Cuaderno de Pruebas No. 2) 33. La citada audiencia inició el día 16 de julio de 2012; en esa oportunidad la diligencia se suspendió y se reanudó y culminó el 1º de agosto de 2012 sobre la información, soportes y documentos (memorandos internos, correos electrónicos y comunicaciones internas) que son de dominio y están bajo el control de la CNTV, En liquidación y que fueron ubicados a través del sistema ORFEO y en los computadores que pertenecieron en su momento a los ex comisionados Alberto Guzmán Ramírez, Juan Andrés Carreño, Fernando Álvarez , Ricardo Galán Osma, Zulma Casas. Como resultado de esta diligencia se recabaron los documentos que obran en el Cuaderno de Pruebas Nos. 23 y 24. 34. Al cerrarse la instrucción, los apoderados de las partes manifestaron, expresamente, que todas las pruebas decretadas habían sido practicadas de conformidad con sus peticiones y que no se encontraba pendiente de práctica ninguna prueba".

11.2.4.1. Dentro del contenido del laudo se adelantó un análisis detallado del material probatorio en relación con el tema referido. Así, la providencia arbitral impugnada dispuso en el título *“IV El precio en esta controversia”*, lo siguiente: *“1. La determinación del precio”*: al respecto se indicó que el precio era el hilo conductor del laudo y que si bien era cierto que la CNTV estaba legalmente facultada para imponer el precio de la prórroga, debía atenerse a los medios, procedimientos, verificaciones e interlocución con el concesionario, que la propia entidad había dispuesto. *“2. Los elementos de la estructuración del precio en este caso: “un modelo de valoración” y “unos supuestos de mercado”*: en el laudo se indicó que el precio era el resultado de la aplicación de un modelo de valoración sobre unos supuestos de mercado; dos bancas de inversión hicieron la valoración (Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y Unión Temporal Correval–CGI) y luego, el economista Alberto Carrasquilla realizó un *fairness opinion*, quien sin modificar el modelo de valoración, reconsideró los supuestos de mercado y la metodología; así, la entidad y el concesionario acordaron que la fórmula de valoración sería la propuesta por Carrasquilla. *“3. La conformación del precio”*: en la cláusula séptima del contrato, estaba comprendido el precio de la prórroga, dentro de la cual se resalta que: (i) el precio tenía que cubrir los 10 años de la prórroga; (ii) la entidad estableció un precio base (PB) de \$187 184 000 000, que se debía pagar como cantidad inicial; (iii) el *“supuesto de mercado”* era uno de los elementos del precio y estaba constituido por la *“inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV)”*. En lugar de tomar el INPTV correspondiente a toda la prórroga, se tomó solamente el de los años 2009 y 2010, de lo cual resultaba el valor de ajuste (VDA). Quien debía hacer esta medición era un *“tercero idóneo”*, el auditor, contratado por el concesionario y escogido y pagado por las dos partes; *“4. Conclusión del Tribunal”*: habida cuenta de lo expuesto se concluyó que la determinación del precio estaba sujeta a la cláusula séptima, pero que no era la única fuente normativa para ello.

11.2.4.2 El laudo continuó su estudio en el título *“V El pretendido rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato”*, dentro del cual se ocupó de los siguientes temas, con los comentarios que siguen a su enunciación: *“1 Posición de la convocante”*: en atención a que no entró en funcionamiento el tercer canal el 1 de julio de 2010 y que tal supuesto había sido base para determinar el precio de la prórroga, la CNTV pidió el restablecimiento de la ecuación económica del contrato con base en los artículos 4 y 27 de la Ley 80 de 1993; 2, párrafo 3, de la Ley 680 de 2001; 868 del Código de Comercio y 16 de la Ley 446 de 1998. *“2 Posición*

de la convocada”: RCN argumentó que “*el demandante no puede alegar su propia culpa*”, en tanto que la falta de entrada en operación del tercer canal privado de televisión obedece exclusivamente a la conducta negligente de la CNTV; tampoco procede el restablecimiento porque las causas son imputables a la entidad y finalmente, a que no obró de acuerdo con el deber de buena fe, para mitigar el daño. Bajo el título “*3 Consideraciones del Tribunal*”, el Tribunal recordó que en el otrosí n.º 8, las partes manifestaron, respecto de la cláusula séptima, que “*se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato*”. En ese orden de ideas, con la denominación “*A. La decisión que se proferirá*”, el Tribunal manifestó que en la parte resolutive se:

...declarará que se rompió la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de concertar la prórroga del contrato de concesión y, por lo mismo, declarará la prosperidad de las pretensiones segunda, tercera y cuarta principales generales. Tales determinaciones se adoptarán con sujeción, en forma principal, a lo dispuesto en los artículos 4, numerales 3 y 8; 5, numeral 1; 13, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2 parágrafo 3 de la ley 680 de 2001, normativa que debe tener una consideración prioritaria así como con sujeción al canon especial de interpretación incorporado en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

11.2.4.3 En los apartes denominados “*B. La ecuación contractual*” y “*C. Rompimiento de la ecuación contractual*”, el Tribunal indicó que para el restablecimiento, las normas exigen que la causa del rompimiento no sea imputable a quien resulte afectado. Señaló también que las teorías que el derecho ha propuesto para restablecer el equilibrio económico y reajustar la ecuación financiera, son, principalmente: la cláusula *rebus sic stantibus*, la equivalencia objetiva, la frustración de la base del negocio jurídico, el desequilibrio económico sobreviniente, el enriquecimiento indebido o injusto, la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad, la imposibilidad sobrevenida, los riesgos imprevistos, el abuso del derecho, los principios generales del derecho, la equidad, las sujeciones imprevistas, las dificultades materiales, el hecho del príncipe e incluso la fuerza mayor. Así, bajo el título “*D. Manifestaciones relevantes de las partes*”, se apreció que el “*contexto de mercado*” para la fijación del precio quedó definido en la cláusula cuadragésima octava del contrato, en la cual se determinó que habría dos operadores y un tercero a partir del 1 de julio de 2010, puesto que entre el 11 de enero de 2009 y el 1 de julio de 2010 estaban solamente los dos canales. En atención a lo anterior, se concluyó:

Para el Tribunal es claro que este contrato y su prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijadas por el instituto del restablecimiento de la ecuación económica financiera por fuerza, tanto de la naturaleza del contrato, como de la normativa especial citada de manera reiterada en las consideraciones que anteceden, circunstancias a las que, sin que fuera necesario, no agregara algo al carácter taxativo de aquellas normas, las partes refrendaron en la “manifestación” que incluyeron en la parte final de la cláusula 7 de la prórroga...

11.2.4.4 El laudo analizó, desde la perspectiva fáctica, con el nombre “E. El caso sometido al Tribunal” lo siguiente: el 22 de abril de 2009 se publicó el proyecto de pliego de condiciones para la licitación del tercer canal; el 30 de julio de 2009 entró en vigencia la Ley 1341 de 2009, respecto de cuyo artículo 72 la Procuraduría expresó inquietudes; el 27 de agosto de 2009 la ministra de Comunicaciones consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de acuerdo con la solicitud de la Procuraduría, acerca de la inhabilidad de los actuales concesionarios de participar en el proceso de adjudicación del tercer canal y de la necesidad de que la adjudicación se hiciera por subasta; el 5 de octubre de 2009 se resolvió la consulta, con el número 1966; el 7 de enero de 2010 se revocó la apertura de la licitación pública 001 de 2009; los interesados Pacsa S.A. e Inversiones Rendiles S.A. se retiraron del proceso de licitación; posteriormente, se inició el procedimiento para la licitación pública n.º 002 de 2010 y el 16 de abril de 2010 se publicó el proyecto de pliego de condiciones; el 7 de mayo de 2010 se profirió la resolución 481 que ordenó la apertura de la licitación y sólo presentó propuesta Canal 3 Televisión de Colombia S.A.; el 19 de julio la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió una demanda de nulidad en contra de la resolución que abrió el segundo proceso licitatorio y la suspendió provisionalmente; la decisión final fue proferida el 14 de febrero de 2012 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la cual se declaró la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación y se inhibió respecto de la resolución. Finalmente, el Tribunal aseveró:

Del recuento anterior se concluye que la CNTV ejecutó las gestiones tendientes a adjudicar el contrato del tercer canal en forma oportuna y que finalmente dicha adjudicación no se logró, en últimas, porque la Procuraduría General de la Nación pidió revocar la resolución de apertura de la licitación 001 de 2009 y después el Consejo de Estado ordenó, en primer lugar, la suspensión provisional de la resolución que dispuso la apertura de la licitación 002 de 2010 y luego, decretó la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones. Al no poderse adjudicar la operación y explotación del tercer canal, no fue posible que entrara en operación a partir del

1º de julio de 2010. La CNTV abrió el proceso de licitación, después de realizar los estudios y gestiones previos, que constan en documentos y actas de reuniones de la CNTV aportados al proceso. Era previsible que dicha licitación concluyera en la forma como la ley señala, esto es, con la adjudicación. Esto era lo ordinario. Pero en forma extraordinaria se produjeron las decisiones de la Procuraduría General de la Nación frente a la primera licitación y del Consejo de Estado, respecto de la segunda licitación, que impidieron continuar el proceso de licitación y adjudicar, como era el propósito de la CNTV. Las decisiones del Consejo de Estado por las cuales se suspendió en forma provisional el numeral 4.11 de los pliegos de condiciones y luego se anuló son obligatorias y de imperativo cumplimiento, razón por la cual, la CNTV no podía resistirse a ellas. Los hechos que se previeron como causal para declarar desierta la licitación no se presentaron y, por consiguiente, es razonable afirmar, como lo hizo la CNTV, que la no entrada en operación del tercer canal, se debió a una circunstancia extraordinaria, como lo que acaba de anotarse. Las partes entendieron e hicieron sus previsiones bajo el entendimiento de que el tercer canal entraría en operación a partir del 1º de julio de 2010. En el plenario no se demostró culpa de la CNTV en este trámite. Dentro de las circunstancias del caso, la CNTV actuó de manera razonable, tratando de acertar. Examinadas las cosas en conjunto, es necesario señalar que no solamente no se demostró la conducta culposa de la CNTV en la no entrada en operación del tercer canal privado de televisión, ni tampoco que dicha supuesta culpa es causa exclusiva de la no adjudicación del tercer canal. El expediente da cuenta de que, por su parte, los concesionarios de los canales privados intervinieron activamente en los procesos de licitación del tercer canal, de modo que no pocas de sus intervenciones en el curso de dichos certámenes estuvieron enderezadas a interferir los procedimientos de selección.

11.2.4.5 Acerca de las excepciones propuestas, consistentes en “2 El demandante no puede alegar su propia culpa” y “3 Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV”, el laudo arbitral discurrió en el siguiente sentido:

493 En armonía con el análisis hecho por el Tribunal en acápite anteriores, tomando pie en las pruebas que obran en el proceso, no es posible concluir que la Convocante haya incurrido en culpa y que tal circunstancia haya dado origen a la no entrada en operación del tercer canal privado de televisión. La Convocada no satisfizo la carga procesal que tenía de demostrar la conducta culposa de la Convocante, ni la relación de causalidad entre dicha supuesta culpa y la ocurrencia de los hechos que se invocan como causantes de la no entrada en operación del tercer canal de televisión. 494 Para el Tribunal la ocurrencia de los hechos que dan lugar al restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato, no se origina en la conducta culposa de la Convocante sino en variadas circunstancias que afectaron procesos licitatorios difíciles, complejos e intrincados en el que confluyeron diversos intereses.

Con todo, tales circunstancias no le son imputables a actuación culposa de la CNTV, que para el cumplimiento de sus funciones en estos certámenes contó con asesores en diferentes campos que le acompañaron y le brindaron el apoyo en sus determinaciones y cuyo concurso y participación se encuentran de igual manera, demostrados. El examen de las circunstancias de variado orden que impidieron la adjudicación del tercer canal privado de televisión no permite deducir comportamiento culposo o incurioso de la CNTV, como quiera que se trata de asuntos que revestían alta complejidad jurídica, que dieron lugar a posiciones disímiles y a la postre irreconciliables y a no pocos debates de naturaleza conceptual. 495 El Tribunal tampoco halló demostrado que la pretendida culpa de la CNTV haya sido la causa “exclusiva” de que no se haya adjudicado el tercer canal. Está acreditado que los Concesionarios intervinieron en dichos procedimientos de selección de manera activa, de suerte que su participación constituyó uno de los elementos que influyeron en la no adjudicación del tercer canal. Así las cosas, al no estar probada la culpa de la entidad convocante, el Tribunal declarará que la excepción no está llamada a prosperar.

Respecto de esta excepción [improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV], en armonía con lo expuesto en líneas anteriores, el Tribunal estima que las consideraciones de orden fáctico y jurídico con apoyo en las cuales concluyó que, en efecto, había ocurrido un rompimiento del equilibrio financiero del Contrato, son las mismas por las cuales declarará que esta excepción no está llamada a prosperar. En otras palabras, los hechos y los argumentos invocados por la Convocada para oponerse al restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV, fueron estudiados y decididos en capítulo anterior de esta providencia, en el que se concluyó que el equilibrio del Contrato se habría quebrantado, que la causa de dicho desequilibrio no le es imputable al CNTV y que, con arreglo al ordenamiento superior, hay lugar a restablecerlo. Por las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará que este medio exceptivo carece de fundamento.

11.2.5 El recurrente afirma que en el texto del laudo arbitral se advierte una falta, consistente en no haber relacionado los elementos probatorios que acreditan cada hecho, lo cual implica que el fallo proferido es en conciencia y no en derecho.

11.2.5.1 La Sala no comparte el parecer del recurrente, puesto que el laudo relaciona con precisión la totalidad de las pruebas aportadas al proceso, tal y como se anotó anteriormente y, específicamente, respecto de la conclusión de que “no se demostró la conducta culposa de la CNTV en la no entrada en operación tercer canal privado de televisión, ni tampoco que dicha supuesta culpa es “causa exclusiva” de la no adjudicación del tercer canal...”, en tanto que “los concesionarios intervinieron activamente en los procesos de licitación del tercer canal, de modo que no pocas de sus intervenciones en el curso de dichos

certámenes estuvieron enderezadas a interferir en los procedimientos de selección”, el laudo, de manera detallada, refiere las pruebas documentales sobre las cuales se apoya su aserto, así:

-A folio 271 a 279 del Cuaderno de Pruebas n.º 4 obra comunicación proveniente de los concesionarios (R.C.N. y Caracol) en la que le solicitan a la CNTV abstenerse de dar apertura a la licitación del tercer canal. –A folios 242 a 270 del Cuaderno de Pruebas n.º 4 y 39 a 64 del Cuaderno de Pruebas n.º 6 obra el documento que los mismos concesionarios presentaron con las observaciones al proyecto de pliego de condiciones de la licitación del tercer canal. –A folios 506 a 508 del Cuaderno de Prueba n.º 4 y 10 a 18 del Cuaderno de Pruebas n.º 5 se encuentran las comunicaciones dirigidas por los concesionarios a la Contraloría General de la República en la que ponen en conocimiento de dicha entidad hechos relacionados con la preparación de la licitación del tercer canal. –A folios 466 y 467 del Cuaderno de Pruebas n.º 5 consta la manifestación efectuada por el apoderado de los concesionarios en la audiencia de Revisión de Asignación de Riesgos de la Licitación n.º 001 de 2009 que plantea la posibilidad de renunciar a las concesiones vigentes, para participar en la licitación del tercer canal. –A folios 510 a 512 del Cuaderno de Pruebas n.º 5 se encuentra la manifestación del apoderado de los concesionarios en la que plantea la nulidad de la audiencia de asignación de riesgos del proceso licitatorio del tercer canal. –A folios 39 a 64 del Cuaderno de Pruebas n.º 6 obran las observaciones de los concesionarios al proyecto de pliego de condiciones de la licitación del tercer canal. –A folios 165 a 176 del Cuaderno de Pruebas n.º 8 obra la comunicación emanada de los canales en la que solicitan a la Contraloría General de la República un control de advertencia a la CNTV en razón de la licitación del tercer canal. –A folios 106 a 113 del Cuaderno de Pruebas n.º 9 consta la comunicación del apoderado de los concesionarios dirigida a la Procuraduría General de la Nación en la que solicita que se revoque la apertura de la licitación del tercer canal. –A folios 114 a 120 del Cuaderno de Pruebas n.º 8 obra la solicitud del apoderado de los concesionarios a la CNTV para que impida “consumar” el proceso licitatorio.

11.2.5.2 En relación con aquellos apartes del laudo, en los que no aparece una enumeración detallada de las pruebas que sirvieron de fundamento para calificar como acreditado determinado hecho, la Sala considera que tal circunstancia jamás es argumento suficiente para concluir que el Tribunal se abstuvo de analizar las pruebas. Al respecto, es conveniente referir algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, en los cuales se hace énfasis en que la falta de mención explícita y expresa de la prueba no significa que se haya dejado de valorar, así:

Si, eventualmente, los términos del discurso del impugnante derivaron de la forma en que el tribunal acometió el examen probatorio, es decir, en la medida en que no aludió en forma expresa y singular a cada medio de prueba, cumple precisar que la Corte ha plasmado su parecer, en multitud de providencias, sobre tal tópico, habiendo concluido, de manera constante, que la falta de mención uno a uno de dichos elementos, no constituye per se una preterición de los mismos, cuando del texto del fallo se desprende que fueron sopesados integralmente ... cual lo ha dicho la Corte, no porque dejen de mencionarse individualmente unas pruebas en la sentencia, puede decirse invariablemente que el sentenciador no las tuvo en cuenta... Haciendo abstracción de la deficiencia técnica advertida, es de verse que no tienen razón los inconformes cuando aseguran que no se hizo el examen conjunto de las pruebas recaudadas, ni se expuso respecto de cada una de ellas el mérito otorgado, puesto que del análisis integral de la sentencia se advierte que el juzgador sí le dio cumplimiento al aludido mandato, si bien no de manera suficientemente explícita sí en forma tácita, como así se desprende de las conclusiones a través de las cuales, con apoyo en el particularizado haz probatorio, manifestó haber encontrado demostrados los elementos estructurales de la responsabilidad que aplicó al caso...⁷

Segundo y tercer cargos. Argumentos del recurrente

11.2.6 El cargo segundo, consistente en que “la condena por \$32 362 739 667,00 se aparta del dictamen obrante en el proceso” y el cargo tercero referido a “haber condenado a pagar la suma de \$11.082 millones, por actualización correspondiente al impacto de la no entrada del tercer canal de televisión en el año 2012, sin que exista prueba alguna de dicho valor, regular y oportunamente allegada al expediente”, tampoco están llamados a prosperar.

Consideraciones

11.2.6.1 La Sala aprecia en el texto del laudo que, en relación con la condena, el análisis se adelantó bajo el nombre de “F. Monto del desequilibrio y su restablecimiento”, punto respecto del cual los árbitros afirmaron que el peritaje realizado dentro del proceso cuantificó el impacto que tuvo en el precio de la prórroga “la no entrada en operación del tercer canal el 1º de julio de 2010 y asumiendo la entrada de ese tercer canal en enero de 2012, con una participación

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de Julio de 2013, exp. n.º 11001 3103 019 2003 00157 01, M.P. Margarita Cabello Blanco. Dentro de la decisión se citan otras providencias de esa Sala: sentencia del 12 de septiembre de 2000, exp. n.º 5563; sentencia del 16 de diciembre de 2004, exp. n.º 7459.

del 33% de la INPTV". Así, el Tribunal analizó el tema, tal y como se transcribe parcialmente a continuación:

348 Para determinar la diferencia en el precio de las licencias para cada canal incumbente, en el peritaje se calcula el valor de la licencia para la Prórroga bajo dos posibles escenarios: Escenario inicial: corresponde a lo que proyectó inicialmente y en el cual se determinó que cada Concesionario pagaría un valor de \$147.436 millones a diciembre de 2008 por la prórroga. Dicho escenario contempla la entrada del tercer canal a partir del 1º de julio de 2010. Escenario sin tercer canal: en este escenario se calculó el valor de la Prórroga, teniendo en consideración el impacto por la no entrada en operación del tercer canal en julio de 2010, pero asumiendo que el tercer canal entraría en operación en enero de 2012, con una participación del 33% en la INPTV. En el peritaje, el valor establecido para este escenario fue de \$165.294 millones y se señaló como fecha de corte el 1º de enero de 2012, ante la circunstancia, bien conocida por el apoderado de la Convocante (al formular sus preguntas al perito), de que el modelo estaba predispuesto para suministrar esa información con cortes a 31 de diciembre de cada año, esto es, ante la imposibilidad de obtener datos con cortes en fechas diferentes. 349 Para el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones económicas del Contrato, dentro de este escenario, el Tribunal determinará el valor de la Prórroga de manera que refleje el impacto por la no entrada del tercer canal el 1º de julio del 2010, y teniendo en consideración que para la fecha de este Laudo no ha entrado en operación. 350 Para los efectos anteriores, el Tribunal, con fundamento en el modelo tantas veces mencionado y en los ejercicios efectuados por el perito, procedió de la siguiente manera: (i) se tomó el valor establecido por el peritaje para calcular el impacto de la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010, asumiendo que ese canal entraría en operación el 1º de enero de 2012, lo que arrojó la suma en pesos de 2008 de \$17.585 millones. (ii) Como resulta evidente, ese tercer canal no entró en operación a la fecha de este Laudo y, razonablemente y de manera verosímil, ello no ocurrirá antes del 31 de diciembre de este mismo año, por lo que se impone estimar el impacto económico de esta circunstancia. (iii) utilizando la misma metodología del peritaje, reconocida por las partes, el valor de este impacto arroja la suma, en pesos de 2008, de \$11.082 millones (impacto correspondiente al período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y 31 de diciembre de 2012). 351 En conclusión, el impacto económico por la no entrada en operación del tercer canal hasta el 31 de diciembre de 2012 arroja una cifra, en pesos de 2008, de \$28.940 millones que corresponden a la sumatoria de \$17.858 millones más \$ 11.082 millones. 352 El valor, en pesos de 2008, de \$28.940 millones actualizado a 31 de octubre de 2012, con base en el IPC certificado por el DANE, asciende a la cifra de \$32.363.739.667, que será el monto del restablecimiento de la ecuación contractual que decretará el Tribunal. 353 El escenario ideal hubiera sido que el modelo arrojara un resultado con corte a 31 de octubre de 2012 (buscando la mayor coincidencia con la fecha de este Laudo), pero dado que el modelo está parametrizado en forma anual, ello es imposible porque habría que afectar la estructura o ingeniería interna del

mismo, ejercicio que, a todas luces desborda las tareas del perito, o las que ahora acomete el Tribunal, lo que hubiera implicado modificar el programa original. En cualquier caso, es razonable y verosímil que a 31 de diciembre de 2012, el tercer canal no habrá entrado en operación. 354 El análisis anterior corrobora que efectivamente existe una diferencia en el precio de la Prórroga que se debería pagar en cada uno de los escenarios analizados, lo cual es lógico porque en el primer escenario, el mercado de la INPTV se distribuye entre un mayor número de participantes (tres canales), mientras que en el segundo existe un período durante el cual sólo los dos Concesionarios actuales participan en el mercado.

11.2.6.2 La Sala encuentra evidente que el Tribunal de Arbitramento estudió el tema con fundamento en los recursos probatorios con los cuales contaba y de acuerdo con la libertad de análisis que le concede el ordenamiento jurídico nacional. Una decisión judicial o arbitral que no acoja en su totalidad el dictamen pericial, no puede constituir bajo premisa alguna un fallo en conciencia, puesto que el juez, cuando profiere un fallo en derecho, podrá autónomamente apartarse o acoger la peritación. La Sala ha expuesto al respecto:

... de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos... Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido ... que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas... El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem) ... el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra... En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente No. 16.491, C.P. Ruth Stella Correa.

11.2.6.3 Si lo que pretende el recurrente es una nueva apreciación y valoración de las pruebas, baste recordar que el cometido del recurso de anulación de laudos arbitrales no es el de constituir una segunda instancia. El juicio que hacen los árbitros acerca de la condena parte del dictamen pericial y aporta elementos propios de su evaluación jurídica, dentro de los cuales se incorporan las variables comprendidas en el contrato celebrado para el efecto entre las partes, con la importante consideración de que el tercer canal no entró en operación en la fecha en que habría debido entrar, esto es, el 1 de julio de 2010. En casos anteriores, similares al que ahora se resuelve, se ha expuesto por parte de esta Sección del Consejo de Estado:

La Sala considera que si acaso el recurrente no comparte con el tribunal la manera de calcular el perjuicio sufrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato, este no es un asunto que pueda debatirse a través de la causal denominada fallo en conciencia, porque claramente reflejaría que se trata de una inconformidad con la decisión, un desacuerdo con la manera como se obtuvo el monto del perjuicio padecido, aspectos que no cabe debatir a través de este recurso. En gracia de discusión, la causal sexta exige para su configuración un requisito cualificante: que sea manifiesta la decisión en conciencia, de lo que está lejos el laudo que se examina, porque la inconformidad del recurrente, de estudiarse más a fondo, conduciría a esta Sala a realizar un análisis probatorio propio de la segunda instancia de un proceso, no del estudio que se hace para desentrañar los vicios que se controlan a través del recurso de anulación.⁹

B Fallo ultrapetita

12 En cuanto hace referencia a la segunda causal invocada, la cual consiste en: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, la Sala ha indicado que se configura en aquellos casos en los que el laudo arbitral decide asuntos que no se encontraban comprendidos dentro del ámbito restringido por el pacto arbitral y, por lo tanto, excedían la competencia de los árbitros. Han sido múltiples los pronunciamientos de la Sección Tercera acerca de los aspectos que caracterizan la causal comentada, a través de los cuales se indica que la sanción de nulidad se justifica en protección del principio de congruencia, así:

En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, exp. n.º 40082, C.P. Enrique Gil Botero

señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral¹⁰.

Primer cargo. Argumentos del recurrente

12.1. El primer cargo respecto de esta causal, consiste en que se configuró un fallo *ultra petita* en tanto que el Tribunal declaró que el valor de la prórroga del contrato de concesión n.º 140 de 1997 estaba regulado por la cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión y “*por las normas imperativas y subsidiarias pertinentes, de acuerdo con las consideraciones de este Laudo Arbitral*”. La demanda pedía que se hiciera la declaración correspondiente exclusivamente en relación con la cláusula séptima, razón por la cual el recurrente afirma que al involucrar las normas imperativas y subsidiarias se falló más allá de lo demandado.

Consideraciones

12.1.1 Con suficiencia la jurisprudencia del Consejo de Estado, en un número plural de sentencias ha explicado el fenómeno de la *integración* del contrato, al lado de la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones contractuales¹¹. En términos generales, se ha dicho:

12.1.1.1 La autonomía de los contratantes –exteriorizada por escrito dada la solemnidad que se exige a los contratos estatales¹²– da lugar a vínculos jurídicos

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, radicación n.º 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; indica también que esta causal es igual a una de las de casación: “*La causal octava alegada (haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido) viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P.C. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta causal tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis: a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita), b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), y c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínimo o citra petita). En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en "causa petendi" distinta a la invocada por las partes*”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2011, exp. n.º 18.837; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2011, exp. n.º 20.740; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. n.º 21.900; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, exp. n.º 17.935;

¹² “*Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que*

legalmente exigibles –como cuando dentro de un contrato las partes acuerdan que se pagará una cierta cantidad de dinero, o se entregará una obra con determinadas especificaciones, o se prestará un servicio específico, etc.–, de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas, en el artículo 1602 del Código Civil¹³, que constituye el núcleo del reconocimiento legal de la autonomía contractual.

12.1.1.2 Las normas comprendidas en el ordenamiento jurídico colombiano generan obligaciones y derechos en los contratos, independientemente de que los contratantes hayan pactado al respecto en ejercicio de la autonomía contractual, puesto que las normas imperativas, las normas supletorias, la buena fe, la costumbre y la equidad, se *integran* al contrato, tal y como lo disponen los artículos 1603 del Código Civil¹⁴, 871 del Código de Comercio¹⁵, 38 de la Ley 153 de 1887 –“*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”–, 18 del Código Civil –“*La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia*”–, entre otros; estas normas del derecho privado son aplicables en su integridad a la contratación estatal tal y como la Ley 80 de 1993 expresa y profusamente dispone¹⁶y, por ende, al caso concreto.

impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)”.

“Artículo 41. *Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”.

¹³ “Artículo 1602.- *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

¹⁴ “Artículo 1603.- *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*”.

¹⁵ “Artículo 871.- *Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

¹⁶ “Artículo 13. *De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...*”. “Artículo 23. *De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*”. “Artículo 28. *De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”. “Artículo 32. *De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública]*”. “Artículo 40. *Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán*

12.1.1.3 En general, con el término *integración* se hace referencia a formas de intervención sobre el contrato que van más allá del amplio desarrollo de la lógica de la declaración de los contratantes y que se agregan a su actividad en la construcción definitiva de sus obligaciones y derechos¹⁷. En otros términos, el fenómeno de la integración debe ser entendido como el medio de intervención de la voluntad pública en las relaciones contractuales¹⁸, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas a su acuerdo¹⁹.

12.1.1.4 Se habla de integración mediante normas imperativas, cuando quiera que éstas hacen parte del contrato y generan obligaciones y derechos para las partes, bien porque existe un vacío o laguna respecto de un tema preciso o, porque a pesar de que las partes dispusieron sobre el asunto en ejercicio de la autonomía, lo hicieron en contra de tales normas, las cuales en atención a su naturaleza no son susceptibles de modificación, ni menos aún de desestimación por los contrayentes, como lo define claramente el artículo 16 del Código Civil: *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*. Así, normas que integran el contrato pueden asumir el carácter de inderogabilidad²⁰, es decir, normas imperativas, cuando tutelan un interés general prevalente sobre el de las partes, o también el interés de una parte contra la preeminente fuerza contractual de la otra²¹. La integración por normas subsidiarias o supletorias²², opera con fundamento en aquellas normas que permanecen en el ordenamiento jurídico,

celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”.

¹⁷ S. RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 9.

¹⁸ F. ZICCARDI, “L’integrazione del contratto” en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 1969 p.108-190. El autor define como hipótesis de trabajo: *“...que la integración sea la forma, el medio, gracias al cual una voluntad superpuesta a aquella de los particulares contratantes penetra al interior de su relación jurídica patrimonial, sustituyendo de una manera coercitiva la voluntad de estos”*, p. 134.

¹⁹ M. BIANCA, *Diritto Civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 471.

²⁰ F. HINESTROSA, *Derecho Civil, Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, p. 287, en relación con la inderogabilidad de algunas normas que integran el contenido contractual comenta: *“Reglas de conducta hay que no admiten derogación, cuya vigencia es estimada fundamental por la sociedad en un momento dado de su desarrollo (ius cogens), de modo de constituir un reducto infranqueable, una suerte de tabú para los sujetos: las que puntualizan los rasgos elementales del acto dispositivo, señalan sus efectos primordiales y dicen lo que es correcto y lo que ofende los sentimientos colectivos”*.

²¹ M. BIANCA, *Diritto Civile, 3, Il contratto*, cit., p. 485.

²² F. HINESTROSA, *Derecho Civil, Obligaciones*, cit., p. 287, las define como: *“...normas cuya aplicación no tiene cabida más que cuando no se ha dispuesto nada distinto por los sujetos negociales o ellos han guardado silencio frente a los aspectos a que aquellas se refieren”*.

expectantes, para entrar a regular la situación particular del contrato, mientras no se presente una cláusula contractual al respecto. Tales normas aparecen para surtir de soluciones los problemas prácticos que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que las partes contratantes no hayan previsto²³. Estas normas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil –“*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia*”, se aplicarán a la solución de los casos concretos siempre y cuando las partes no hayan dispuesto en sentido contrario de manera expresa o hayan renunciado explícitamente a los derechos que les confieren.

12.1.1.5 Tal y como se puede apreciar en lo expuesto hasta el momento, la decisión de los árbitros en el sentido de manifestar que las normas imperativas y las normas subsidiarias o supletorias se debían aplicar al cálculo del precio por la prórroga de la concesión, no constituye bajo ninguna perspectiva una hipótesis de fallo *ultrapetita*, puesto que el ordenamiento jurídico dispone claramente que tales normas se integren al contrato y hagan parte de él, para generar derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes.

Segundo cargo. Argumentos del recurrente

12.2 El segundo cargo consiste en que en el caso se configura un “*fallo ultra petita por condenar al concesionario a pagar el efecto de la no entrada del tercer canal de televisión por el período del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre del mismo año*”. De acuerdo con el recurrente, la entidad en parte alguna de los hechos de la demanda, ni menos aun en las pretensiones, solicitó condenar al concesionario por concepto del impacto del período referido, puesto que las pretensiones y la actividad probatoria se circunscribieron a los perjuicios ocasionados en los años 2010 y 2011, y fue el Tribunal, quien “*resolvió motu proprio*” condenar a pagar la suma \$11 082 000 000, invocando lo que era razonable y verosímil. En el mismo sentido, habida cuenta de que la pretensión de condena por la no entrada en

²³ L. BIGLIAZZI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Derecho Civil*, (Tomo I, Volumen 2) trad. F. HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 641 Se refieren a este tipo de normas como dispositivas o derogables: “*Se trata de disposiciones que, sobre la base de una experiencia comprobada en el tiempo, sientan algunas reglas, que en teoría deberían alcanzar un equilibrio tendencial “ponderado” en el régimen de los intereses en juego, conforme a un criterio “medio”, por lo demás necesariamente destinado a hacer a un lado la especificidad de la operación concreta y singular. De ahí la posibilidad, implícita o explícita, de su derogación por medio de pactos específicos de los particulares, que tendrían la función de sustituir la valoración abstracta del legislador por una disciplina más puntual – y, por lo mismo, más viva y equitativa – de algunas exigencias peculiares del caso singular, no previstas, ni tampoco previsibles por el legislador*”

operación del canal en el 2012 no se formuló, tampoco el concesionario se defendió de ella, de suerte que la decisión resulta violatoria del debido proceso.

Consideraciones

12.2.1 La Sala aprecia que la demanda, bajo el nombre de “*pretensión cuarta principal general*”, planteó una súplica en el siguiente sentido:

CUARTA PRINCIPAL GENERAL.- 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 3º 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 por la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010, según el impacto que se pruebe que dicha circunstancia tiene sobre la valoración pactada, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.

12.2.2 Tal y como se puede apreciar, la demanda no comprendía limitación alguna sobre el parámetro de la condena; sólo la referencia al factor que daba lugar al desequilibrio de la ecuación financiera o económica del contrato, es decir, “*la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010*” y la invocación de las normas que le servían de sustento. Se aprecia que entre ellas se hallaba el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe claramente que “*en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso*”, disposición legal que está en consonancia con el principio de la conmutatividad de las prestaciones en los contratos estatales, debidamente reconocida a lo largo de esta normatividad especial²⁴. Este principio

²⁴ “Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: ... 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato ... 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios ... 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”. “Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas: 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la

obliga al juez del contrato a restablecer el equilibrio o la ecuación contractual en los valores que aparezcan acreditados en el proceso, de acuerdo con los medios de prueba allegados.

12.2.3 En tal sentido, la naturaleza jurídica de la pretensión, como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos²⁵, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente; es en atención a esa finalidad, y por el mismo camino, que el demandado se defiende y que la autoridad judicial decide.

12.2.4 En un aparte anterior de esta providencia –párrafo 11.2.6.1–, se transcribió parcialmente el laudo en aquello que concernía a la condena, bajo el nombre de “*F. Monto del desequilibrio y su restablecimiento*”. En cuanto hace referencia a este aspecto del laudo, la Sala encuentra que sus consideraciones sobre la improcedencia de la anulación del laudo por la causal de haber fallado en conciencia, resultan aplicables al análisis que ahora realiza respecto del supuesto fallo *ultrapetita*, puesto que en los dos casos se hace énfasis en que la condena comprendió la decisión del Tribunal de Arbitramento, sobre la base del peritaje, en virtud del cual se cuantificó el impacto que tuvo en el precio de la prórroga “*la no*

ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. “Artículo 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (...)”. “Artículo 25.- En virtud de este principio [economía]: ... 14 Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”. “Artículo 27.- En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derecho y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

²⁵ H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216.

entrada en operación del tercer canal el 1º de julio de 2010 y asumiendo la entrada de ese tercer canal en enero de 2012, con una participación del 33% de la INPTV”.

12.2.5 Así, el Tribunal analizó el asunto desde la perspectiva de un valor inicial de \$147 436 millones del año 2008, por concepto de la prórroga del contrato de concesión, el cual hubo de ajustarse en consideración a la falta de entrada en operación del tercer canal. Para tal efecto, de conformidad con el peritaje practicado en el proceso, en atención al modelo matemático diseñado para el asunto, el cual era anualizado y asumiendo que el tercer canal tendría una participación del 33% en la Inversión Neta en Publicidad en Televisión Abierta, Nacional, Regional y Local (INPTV), se hizo un primer cálculo con fecha de corte al 1 de enero de 2012, en consideración a que en esa fecha no entró en operación el tercer canal, el cual arrojó *“la suma en pesos de 2008 de \$17.585 millones”*; se realizó también un segundo cálculo que pretendía cubrir el perjuicio hasta la fecha de la expedición de la sentencia, 7 de noviembre de 2012, no obstante, habida consideración de que el modelo era anualizado, el Tribunal decidió liquidar la anualidad comprendida entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre del mismo año, prevalido de que en el mes y tres semanas que faltaban, contados desde la fecha del laudo, para llegar al final del año, no entraría en operación el tercer canal.

12.2.6 En este sentido, la Sala encuentra congruente el razonamiento de los árbitros con lo pedido por el demandante y no halla razón alguna para anular el laudo. Tampoco se aprecia que haya habido vulneración al derecho de defensa, puesto que la convocada, ahora recurrente, en toda ocasión tuvo oportunidad de presentar sus argumentos.

Tercer cargo. Argumentos del recurrente

12.3 El tercer cargo hace referencia a la supuesta incongruencia del laudo arbitral *“al pronunciarse sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa del concesionario”*. El recurrente afirma que diferentes súplicas de la demanda solicitaban que se condenara al concesionario porque había recibido beneficios económicos sin *“causa legal alguna”*, lo que comprende, claramente un llamado a la fuente de las obligaciones denominada *“enriquecimiento sin causa”*, la cual no puede ser aplicada por el Tribunal de Arbitramento en tanto que su

competencia está circunscrita exclusivamente a las controversias o diferencias surgidas del contrato o relacionadas con el mismo. En consecuencia, habida cuenta de que el Tribunal se pronunció respecto de tales pretensiones, lo hizo sobre aspectos que no estaban sujetos a su decisión y el laudo adolece de la causal octava de nulidad.

Consideraciones

12.3.1 El laudo arbitral es claro cuando afirma que el ámbito dentro del cual se desarrolla el proceso es el de la fuente de las obligaciones llamada contrato. Literalmente, en la parte correspondiente, el laudo resuelve la excepción presentada por la convocada, consistente en la incompetencia de los árbitros para conocer las supuestas pretensiones de naturaleza extracontractual, así:

El Tribunal dejó sentado en la primera audiencia de trámite (Acta n.º 5 del 10 de noviembre de 2011), al estudiar “la materia sometida al arbitraje” (n.º 4 de esa Acta), que “todas las pretensiones de la Convocante tienen raigambre contractual y gravitan en torno al precio de la prórroga del contrato, cuyo quantum... pretende que resulte revisado y reajustado en un laudo arbitral estimatorio total o parcialmente de aquellas pretensiones”... El Tribunal ratifica lo que decidió en aquella ocasión y, en consecuencia, confirma su competencia para despachar las pretensiones cuestionadas bajo esta excepción puesto que, como lo dejó sentado, todo lo que pide la convocante está articulado en el contrato que nos ocupa y su prórroga, sin que ello imponga un compromiso determinado del Tribunal o implique un prejuzgamiento de esas pretensiones. En otros términos, en esta situación, no existía fundamento razonable para que el Tribunal resignara parcialmente su competencia... En conclusión, las invocaciones conceptuales del concesionario presentadas como fundamento de su primera excepción no son conducentes para alcanzar la prosperidad de la excepción bajo estudio y el tribunal ratifica su entendimiento inicial plasmado en el Acta de la Primera Audiencia de Trámite y, en consecuencia, entiende que todas las Pretensiones Subsidiarias (tres grupos) fundadas en “un beneficio de índole patrimonial para el concesionario” con el “detrimento correlativo de la CNTV”, “sin causa legal alguna”, tiene raigambre contractual, hace referencia al precio y están articuladas en conductas de actores habilitados por el Contrato que nos ocupa o en hechos necesariamente vinculados con el mismo, con mérito para afectar las relaciones y correspondencias patrimoniales de las partes.

12.3.2 Dentro del núcleo básico de la historia jurídica en Colombia, al igual que en otros países de la misma tradición, se han expuesto como fuentes de las obligaciones las que provienen del derecho romano. En tal sentido, el artículo

1494 del Código Civil colombiano indica que las obligaciones nacen del negocio jurídico bilateral y unilateral, del daño y de la ley²⁶.

12.3.3 Al lado de estas figuras, la jurisprudencia nacional experimentó en las primeras décadas del siglo XX un desarrollo importante del contenido doctrinal, científico y humano del Código Civil, en virtud del cual se incorporaron como fuentes de las obligaciones otros supuestos. En tal sentido, fue especialmente próspera la evolución que tuvo lugar en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando adoptó como fuente de las obligaciones el enriquecimiento sin causa²⁷, el cual, posteriormente, fue elevado a categoría legal en el artículo 831 del Código de Comercio: *“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”* Una de las condiciones que se exigen para la incorporación de la fuente referida a la solución de un caso concreto, radica en que el demandante *“carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos”*²⁸. En reciente pronunciamiento, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo énfasis en la figura, la calificó como de excepcional aplicación en la contratación estatal y reiteró que solo tendría cabida frente a la improcedencia de las otras fuentes de las obligaciones²⁹.

12.3.4 Habida cuenta de lo anterior, la Sala concluye, en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento, que en forma alguna el laudo impugnado comprendió cuestiones que tuvieran fuente en la teoría del

²⁶ *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.*

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de noviembre de 1936, Gaceta XLIV–471, M.P. Antonio Rocha: *“A falta de una fórmula dogmática en nuestro Código Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de las obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos. El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. (...) Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber: 1°. Que exista un enriquecimiento... 2°. Que haya un empobrecimiento correlativo... 3°. ...que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. 4°. ...que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. 5°. La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”.*

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de noviembre de 1936, Gaceta XLIV–471, M.P. Antonio Rocha.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. n.º 24.897, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

enriquecimiento sin causa, pues la decisión se fundamentó exclusivamente en la fuente contractual: el Tribunal declaró que el valor de la prórroga del contrato de concesión n.º 140 de 1997 estaba regulado por la cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión y por las normas imperativas y subsidiarias pertinentes. Así, el cargo tampoco está llamado a prosperar.

C. Violación al debido proceso. Argumentos del recurrente

13 En el recurso de anulación se afirmó que hubo *“violación al debido proceso por defecto fáctico”*, porque se omitieron las pruebas recaudadas y se valoró defectuosamente el acervo probatorio al resolver la excepción denominada improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV. También se configura el defecto fáctico porque el laudo valoró arbitraria, irracional y caprichosamente la recomendación de la Procuraduría General de la Nación del 7 de enero de 2010 y la sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2012, pues no es posible atribuir responsabilidad a las autoridades del Estado por la falta de entrada en operación del tercer canal.

Consideraciones

13.1 El defecto fáctico se configura para proteger los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, cuando *“el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”*. Ha indicado la Corte Constitucional que se constituye una vía de hecho en las decisiones judiciales, cuando: (i) se omite por parte del juez el decreto y práctica de pruebas conducentes y pertinentes para la decisión judicial; (ii) no se valora el material probatorio allegado al proceso (iii) o se lo valora defectuosamente. Así, dentro de la amplia autonomía que tiene el juez natural de un proceso para la valoración de las pruebas, no puede llegar a la arbitrariedad, puesto que frente a tal supuesto habría lugar a declarar el defecto fáctico, con la sanción correspondiente por parte del juez constitucional. No obstante lo anterior, el juez de tutela ha de observar que *“no todo error es constitutivo de una causal especial, solo lo es aquel error ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que*

*ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia*³⁰.

13.2 Considera la Sala que el recurso de anulación de laudo arbitral no es la vía legal para invocar la violación de derechos fundamentales por el defecto fáctico de la falta de valoración y apreciación de las pruebas en un proceso arbitral. El recurso en mención no es de índole constitucional, sino legal, de suerte que se somete a las causales taxativas previstas para tal efecto en las normas correspondientes. Ahora bien, habida cuenta de que lo que pretende el recurrente, sustancialmente, es impugnar el laudo por la supuesta falta de valoración y apreciación de algunos elementos probatorios, la Sala recuerda que tal asunto fue debidamente analizado anteriormente y que su conclusión estuvo referida a que sí se habían analizado las pruebas por parte del Tribunal de Arbitramento. Lo que ocurre es que el sentido y alcance que de ellas pretendía el recurrente, es diferente del que les dieron los árbitros, pero esta circunstancia jamás constituye argumento suficiente para la anulación del laudo. El Consejo de Estado, se insiste, no constituye una nueva instancia para el análisis probatorio, en el marco del recurso de anulación de laudo arbitral.

IV Agencias en derecho

14 El Decreto 1818 de 1998, norma aplicable el caso en cuestión, en el artículo 165 del inciso tercero, dispone: *“Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente”*. En el inciso primero del artículo se indica que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. La Sala advierte que en este asunto no aparecen acreditadas expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho, que en este caso se estiman en la suma de cinco millones de pesos (\$5 000 000)³¹.

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

³⁰ Corte Constitucional, T-599-2009, M.P. Juan Carlos Henao.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. n.º 38.621, C.P. Jaime Orlando Santofimio; sentencia del 29 de febrero de 2012, exp. n.º 39.549, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

RESUELVE

PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones del recurso de anulación interpuesto por RCN Televisión S.A., en contra del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato de concesión n.º 140 de 1997 celebrado entre RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión CNTV, de acuerdo con los argumentos comprendidos en esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a RCN Televisión S.A., y por consiguiente al pago de cinco millones de pesos (\$5 000 000), que es el valor en que se tasan las agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Danilo Rojas Betancourth
Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo

Ramiro Pazos Guerrero