

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - De Caracol Televisión S.A contra Laudo Arbitral de 7 de noviembre de 2012 / LAUDO ARBITRAL- De tribunal de arbitramento para dirimir diferencias entre Comisión Nacional de Televisión en Liquidación y Caracol Televisión S.A surgidas en contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Objeto operación y explotación del canal de televisión nacional / SUCESION PROCESAL - Comisión Nacional de Televisión sustituida por Agencia Nacional de Televisión. Ley 1507 de 2012

La Sala precisa que con la expedición del artículo 21 de la Ley 1507 de 2012, la Comisión Nacional de Televisión fue sustituida procesalmente –de manera inmediata – por la Agencia Nacional de Televisión, tal como lo dispuso el Tribunal de arbitramento, en su Laudo.

FUENTE FORMAL: LEY 1507 DE 2012 - ARTICULO 12

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Competencia del Consejo de Estado Sección Tercera / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Competencia. Regulación legal

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, originados en contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 230 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22

CONTRATO DE CONCESION - Objeto / CONTRATO DE CONCESION - Naturaleza contrato estatal / COMPETENCIA DE JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Para conocer controversias contractuales donde es parte entidad pública

En este evento, se está en presencia del Contrato de Concesión No 136 de 1997, cuyo objeto es la operación y explotación del canal de televisión nacional de operación privada de cubrimiento nacional, el cual tiene naturaleza de contrato estatal, en los términos de la Ley 80 de 1993. Igualmente la ley 1.107 de 2006, dispuso que esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad pública, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- una persona jurídica de derecho público, creada por la ley 182 de 1995 con fundamento en lo normado en los artículos 76 y 77 del Constitución Política, la competencia queda asignada a esta jurisdicción.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1107 DE 2006 / LEY 182 DE 1995 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO

ARBITRAL - Características. No constituye una instancia dentro del proceso / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL- Cuestiona la decisión del árbitro por violar leyes procesales / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No es posible cuestionarlo por violar leyes sustantivas / JUEZ DE ANULACION - No es jerárquico del tribunal de arbitramento. No interviene para juzgar asunto de fondo / JUEZ DE ANULACION - Excepcionalmente puede corregir o adicionar el laudo si prospera causal de incongruencia / LIMITACIONES DE LOS PODERES DEL JUEZ DEL RECURSO DE ANULACION - Por el principio dispositivo lo delimita el recurrente, no le es permitido interpretar lo que expresa en el recurso para entender causal invocada / CARACTER RESTRICTIVO DEL RECURSO DE ANULACION - Procede siempre que se determinen las causales previstas en la ley

El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso. Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido. Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación. Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Normas que las regulan

Conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los

contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. (...) según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. (...) este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes. Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la administración pública.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 / DECRETO LEY 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 32

FALLO EN CONCIENCIA DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Juez decide según su leal saber, entender y se apoya en su íntima convicción, deja de lado marco jurídico / FALLO EN DERECHO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Juez decide con apoyo en derecho positivo vigente

Cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a las facultades del juez de tribunal de arbitramento que decide con fallo de conciencia y fallo en derecho, consultar, sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623.

LAUDO DICTADO POR TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Fallo proferido con apoyo en razonamientos jurídicos y probatorios

Este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio. Los reproches, por el contrario, suponen en realidad de verdad reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Basta simplemente leer los argumentos planteados por el recurrente, para concluir a

todas luces que aquellos no tienen relación alguna –ni siquiera remota- con la causal invocada de haberse fallado el laudo en conciencia. (...) la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral en un juicioso análisis de las pretensiones de la demanda, los hechos en que se fundamentan las mismas y después de hacer un estudio ponderado y valorativo tanto del material probatorio allegado al expediente, como el marco jurídico vigente aplicable al caso que se analiza, adoptó su decisión luego de un análisis en derecho.

INDEBIDA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO POR PASIVA - De Sociedad Ernst & Young Audit Limitada que fungió como Auditor, tercero idóneo / LITIS CONSORCIO NECESARIO - No lo constituye el Auditor no constituye por no participar en contrato de concesión, en sus prórrogas ni en su celebración / INDEBIDA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO POR PASIVA - Excepción no probada

Al contestar la demanda, la Convocada propuso la excepción que denominó “Indebida integración del contradictorio por pasiva”. Para sustentar dicha excepción, entiende que la Convocante pretende que el Tribunal “realice unas declaraciones en contra de un sujeto de derecho que no se encuentra vinculado al presente trámite arbitral y que tampoco es parte del contrato de concesión y su prórroga”. Según la Convocada, dicho sujeto es la sociedad ERNST & YOUNG AUDIT LTDA., que fungió como Auditor (“tercero idóneo”) en desarrollo de lo acordado por las partes con ocasión de la Prórroga del Contrato de Concesión. Afirma igualmente la Convocada que las pretensiones Novena, Décima, Décima Primera y Décima Segunda Principales Específicas de la demanda de la Convocante se estructuran sobre un cálculo de la INPTV “indebidamente realizado por el Auditor”, “declaración que no puede formularse” sin la “presencia procesal del Auditor, que fue fuente, a la vez -según la pretensión décima segunda principal específica- de un supuesto daño a la CNTV”. Sin embargo, el Tribunal al desatar la excepción la despacha negativamente, haciendo un análisis juicioso y ponderado de la misma, al considerar que en este caso no se estructura un litisconsorcio necesario en los términos del artículo 83 del C. de P.C., porque tal como se estipuló en el Contrato, el Auditor es un “tercero idóneo”, que no participó en el Contrato de Concesión ni en sus prórrogas y que tampoco concurrió a la celebración del mismo. En consecuencia, el Tribunal estima que en razón de las relaciones jurídicas y de los actos jurídicos sometidos a su consideración así como del contenido mismo de las Pretensiones de la Demanda, es posible resolver de mérito las cuestiones sometidas por las partes a su decisión mediante Laudo arbitral válido y eficaz, sin que sea necesaria la vinculación al presente trámite del Auditor. Por consiguiente, declara que la excepción cuarta de la contestación de la demanda, denominada “Indebida integración del contradictorio por pasiva”, carece de fundamento.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 83

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Excepción no probada dado que tribunal de arbitramento era competente para pronunciarse frente a pretensiones planteadas

Basta leer, la manera como acomete el Tribunal el estudio de la excepción planteada por la parte Convocada y que hacía referencia a la competencia del Tribunal para conocer acerca del enriquecimiento sin causa, que es uno de los temas que con más insistencia plantea el recurrente en el escrito en que sustenta el recurso extraordinario de anulación. El Tribunal de Arbitramento, siempre estuvo

consciente de sus atribuciones y desde un primer momento, fijó la posición referente a “que todas las pretensiones de la Convocante tienen raigambre contractual” , posición que mantiene a lo largo del todo el proceso, porque al desatar la citada excepción, ratifica lo dicho en la primera audiencia de trámite y de manera contundente, confirma su competencia para desestimar las pretensiones cuestionadas bajo esta Excepción, al señalar que todo lo que solicita 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...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”, tienen raigambre contractual, hacen 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”. (...) Es decir, concluye el Tribunal que en este caso no avoca un caso arduo de inexistencia del contrato estatal, o por obligaciones convenidas o causadas fuera de un contrato estatal pero conexas al mismo, lo que le allana el camino para considerar que todo lo articulado en las Pretensiones de la Convocante son de naturaleza contractual, sin que el planteamiento antifibológico de la Demanda tenga virtud para desestimar lo que el Tribunal encuentra que es expreso y verosímil”. En consecuencia, el Tribunal confirma su competencia para conocer las pretensiones subsidiarias a que acaba de hacer referencia, en el supuesto a que ello hubiere lugar, y declara improcedente la citada excepción de mérito.

PRECIO DE LA PRORROGA DEL CONTRATO - Vincula y obliga a las partes

Dice el Tribunal que al proferir el laudo llega a la misma conclusión por la lectura de los hechos de la demanda y por el tenor literal de la primera pretensión principal que plantea declarar “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 el 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”, pretensión que da lugar a la Cuestión Jurídica No. 1, orientada a precisar si aquella “Cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión” es, realmente, la única fuente normativa para fijar el valor de la Prórroga de la Concesión. (...) Que en la Prórroga de este Contrato, a pesar de estar en pie la facultad referida, la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, acudió a otros “medios e indicaciones” (art. 1864 del C. C.) para fijar el precio, con un grado apreciable de injerencia del Concesionario, circunstancia evidente en la preceptiva de la Cláusula Séptima del texto contractual en donde quedó consignado el tema que nos ocupa y, de manera especial, en el iter que tuvo la estructuración de este precio, primero a partir del trabajo de dos Bancas de Inversión, después como resultado del fairness opinión del experto Alberto Carrasquilla, y luego con el impacto del trabajo de un “tercero idóneo”, el Auditor, encargado de verificar un elemento determinante del Precio Final (PF).

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1864

PRORROGA DEL CONTRATO DE CONCESION - Cumplió los requisitos de ley

El Tribunal 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 4º, numerales 3º y 8º; 5º, numeral 1º; 13, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2º parágrafo 3º 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, según el cual “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.” (...) Para el Tribunal es claro que este Contrato y su Prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijados 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, ni 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 del Contrato varias veces citada y transcrita. Por tanto, no cabe duda de que está probada la existencia del Contrato de Concesión y de su Prórroga y que el mismo cumple los requisitos exigidos para su sujeción al principio de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones o ecuación contractual, pues es de naturaleza estatal (en los términos de la Ley 80 de 1993), bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto o ejecución sucesiva. (...) De lo anterior se concluye que no entró en operación el tercer canal por recomendación de la Procuraduría General de la Nación y decisiones judiciales que no fueron previstas en el Contrato que revisten el carácter de extraordinarias como se analizará más adelante al estudiar que la causa de los fenómenos que se presentaron no es imputable a la Comisión Nacional de Televisión.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 680 DE 2001 - ARTICULO 2

ADJUDICACION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION - Decisiones judiciales impidieron su adjudicación

Afirma el Tribunal que las decisiones judiciales que impidieron la adjudicación del tercer canal y consecuentemente su entrada en operación y explotación a partir de julio 1º de 2010, sí son hechos extraordinarios que se constituyeron en la causa de la no adjudicación, porque no se pudo concluir el procedimiento de licitación. No fue el mero transcurso del tiempo a partir de julio 1º de 2010, lo que determinó la no entrada en operación del tercer canal. (...) Que al no entrar el tercer canal en operación, los dos (2) canales que obtuvieron la Prórroga de su Contrato de Concesión por diez años más, a partir de enero 9 de 2009, siguieron operando y explotando la televisión privada de cobertura nacional pagando por tal Concesión un precio que se fijó con base en tres operadores y no en dos como finalmente ha ocurrido y, por consiguiente, el precio que recibió la CNTV como contraprestación por la concesión de la licencia de operación y explotación de un canal de televisión nacional privada abierta, no es igual o equivalente a eso que dio, pues como resultado de la valoración del precio lo que esperaba recibir de los dos canales incumbentes fue previsto en un contexto de mercado en el cual intervendrían tres canales, los dos Concesionarios actuales y un tercer canal y bajo ese escenario se realizó la valoración del precio. Entonces los Concesionarios han ejecutado la prórroga pagando cada uno un precio menor al que corresponde a los presupuestos económicos y al contexto de mercado dentro

de los que fue estructurado el precio originalmente acordado. Como quedó establecido, la causa del rompimiento de la ecuación contractual fue la no entrada en operación del tercer canal, porque la Procuraduría General de la Nación pidió que se revocara la primera licitación y posteriormente el Consejo de Estado inicialmente suspendió el procedimiento de la licitación 002 de 2010 y después anuló el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación.

LAUDO ARBITRAL - Fue proferido por tribunal de arbitramento con un fallo basado en normas jurídicas y valorando pruebas aportadas / FALLO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Dictado con base en el derecho positivo vigente

Una vez analizados los argumentos facticos – jurídicos que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento para proferir el Laudo, no es acertado decir que en este caso se configura la causal de anulación invocada por el censor; porque de la anterior exposición se demuestra que no existe argumento alguno para esgrimir que el Laudo en referencia se hubiese proferido en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso; porque verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes. En consecuencia, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales la situación descrita por el censor no se subsume en la causal invocada. El juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba, como tampoco una interpretación del contrato que no sea compartida por una de las partes no convierte a una decisión arbitral en un laudo en conciencia.

DECISION DE JUEZ ARBITRAL - Orbita de competencia / FALLO DE JUEZ ARBITRAL - Fue congruente a las pretensiones relacionadas con el precio por la prórroga de contrato de concesión

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, toca con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele a la materia a que

estaba sometido el arbitraje, que en este caso, todas y cada una de las pretensiones estaban encauzadas a lo referente al precio de la prórroga del contrato, cuyo monto pretendía la convocante le fuese revisado y reajustado en el pronunciamiento que hiciesen los árbitros y el Tribunal no hizo cosa distinta que determinar y precisar cuál era el sentido y alcance de esas pretensiones al tenor del contenido del contrato de concesión, y el análisis de sus cláusulas, lo cual resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una presunta incongruencia en el fallo, porque el Tribunal se apartó de los argumentos del recurrente. Para la Sala no es seria la sustentación que el recurrente presentó para fundamentar el cargo, puesto que si en las pretensiones antes relacionadas se identifica claramente la obligación, se solicita la declaratoria de su incumplimiento y el pago de los perjuicios que dicho incumplimiento genera, resulta claro que es deber del juez hacer la labor interpretativa de la demanda y concatenarlo con la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato, para deducir de allí si es viable o no la prosperidad de las pretensiones reclamadas; con lo cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Su cuestionamiento obedeció al fundamento del laudo y soporte probatorio causal infundada

Finalmente, encuentra la Sala que el cuestionamiento hecho por el recurrente, lo que en realidad comporta es un cuestionamiento alusivo a la fundamentación misma del laudo y a su soporte probatorio (vicio in iudicando), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (vicio in procedendo) y en esa medida escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso debe declararse igualmente infundada. En conclusión, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a la recurrente.

CONDENA EN COSTAS - Por no prosperar causales planteadas en recurso extraordinario de anulación y declarase infundado

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarara infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. 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 DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000), a cargo de la recurrente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 165

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00087-00(45791)

Actor: CARACOL TELEVISION S.A.

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION EN LIQUIDACION

Referencia: RECURSO DE ANULACION - LAUDO ARBITRAL

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por **Caracol Televisión S.A.**, contra el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias presentadas entre **la Comisión Nacional de Televisión – CNTV- En Liquidación** - en lo sucesivo CNTV o la Convocante- y **Caracol Televisión S.A.**, -en lo sucesivo Caracol o la convocada-, con ocasión del Contrato de Concesión No 136 de 1997, cuyo objeto era la operación y explotación del canal de televisión nacional de operación privada de cubrimiento nacional No 2.

I. ANTECEDENTES

1. La cláusula compromisoria.

El pacto arbitral acordado entre las partes bajo la modalidad de cláusula compromisoria se encuentra consignado en la cláusula Cuadragésimo Tercera del Otrosí No. 4 mediante el cual se prorrogó, modificó e integró el Contrato de Concesión No. 136 de 1997, cláusula que textualmente dispone¹:

“CLÁUSULA CUADRAGÉSIMO TERCERA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA.
Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de comercio de Santa Fe de Bogotá D. C,

¹ Folio 65. C. pruebas No. 1

lugar en el cual funcionara y tendrá su sede el tribunal 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 Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre árbitros de la lista "A" de dicho Centro; b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y c) El tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad".

2. La demanda arbitral.

La convocante solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria a un tribunal de arbitramento. Formularon las siguientes pretensiones principales y subsidiarias²:

2.1. "PRINCIPALES.

2.1.1. 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.

2.1.2. 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.

2.1.3. TERCERA PRINCIPAL GENERAL- Que se DECLARE que la circunstancia anterior resulta en un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-

²Fls. 1 a 98. C. No. 1.

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.

2.1.4. CUARTA PRINCIPAL GENERAL.- Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con el artículo 4º 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, se 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.

2.2. 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:

2.2.1. 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 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 correspondiente a la participación de un tercer canal privado de televisión abierta nacional a partir del 1º de julio de 2010.

2.2.1. 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.

2.2.2. 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, se 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.

2.3. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS

2.3.1. 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”³.

2.3.2. PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL ESPECIFICA 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.

2.3.3. PRETENSIÓN SEPTIMA PRINCIPAL ESPECIFICA 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.

2.3.4. PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL ESPECIFICA 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.

2.4. SUBSIDIARIAS A LAS QUINTA, SEXTA, SEPTIMA Y OCTAVA PRINCIPALES ESPECIFICAS

2.4.1. Primera Subsidiaria-. Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA SEXTA y SEPTIMA PRINCIPALES, solicito que DECLARE que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el

³ Cláusula 7 Contrato de Concesión

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.

2.4.2. Segunda Subsidiaria- Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA SEXTA y SEPTIMA 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.

2.4.3. 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 el VDA calculado con base en la INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso.

2.5. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS

2.5.1. PRETENSIÓN NOVENA PRINCIPAL ESPECIFICA 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).

2.5.2. PRETENSIÓN DÉCIMA PRINCIPAL ESPECIFICA 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.

2.5.3. PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL ESPECIFICA 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.

2.5.4. PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL ESPECIFICA 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 la 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.

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

2.6.1. 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, la cual es la inadecuada aplicación por parte del Auditor de la metodología de cálculo de la INPTV, de lo cual se ha derivado para la CNTV la ejecución del contrato en unas condiciones de precio final más gravosas y perjudiciales para la CNTV.

2.6.2. 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.

2.6.3. 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.

2.6.4. 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.

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

- 2.7.1** 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.
- 2.7.2.** 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.
- 2.7.3.** 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, 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 de 2009 y 2010 demostrada en el proceso.
- 2.7.4.** 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 en el Precio Final de la Prórroga de la Concesión.
- 2.7.5.** PRETENSIÓN DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL ESPECÍFICA que se condene en costas al Concesionario.
- 3.** Los hechos que fundamentaron las pretensiones son extractados de la síntesis que hizo el Tribunal de la siguiente manera:
- 3.1.** “El 22 de diciembre de 1997, como consecuencia de un proceso licitatorio (No. 3 de 1997) la CNTV y CARACOL suscribieron el Contrato de Concesión No. 136 para “la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N 2” (Hecho No. 1).

- 3.2.** De la cláusula quinta del Contrato de Concesión, modificada por el Otrosí No. 1 del 8 de noviembre de 1999, la Convocante destaca las siguientes estipulaciones: (i) El plazo de ejecución de diez (10) años contados a partir de la iniciación de operaciones, esto es, del 11 de enero de 1999; (ii) El contrato podía prorrogarse por una sola vez sin necesidad de un nuevo proceso selectivo; (iii) Vencido el término inicial de diez (10) años la CNTV podía adjudicar nuevas concesiones (Hecho 5.1.1).
- 3.3.** El Contrato de Concesión tuvo cuatro (4) Otrosíes. Los números 2 y 3 (26 de abril de 2004 y 28 de diciembre de 2004) no tienen relevancia alguna en esta controversia (Hechos 5.2 y 5.3).
- 3.4.** Para establecer el valor de la Prórroga del Concesionario, así como el valor de la Concesión para un nuevo operador de televisión abierta privada nacional, se contrataron dos bancas de inversión (Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI) que emitieron, de manera conjunta, el denominado "Informe Final" respecto de la materia ya indicada.
- 3.5.** Respecto de la Prórroga, su valor tomó como fundamento el modelo de los operadores actuales que corresponde al período 2009-2018 (Hecho 6.1). El flujo de caja libre de esos modelos se descontó con el costo promedio ponderado del capital, estimado en 16,71%, y el valor de la prórroga se distribuyó en un valor fijo y en un valor variable. Para los nuevos operadores de canales privados el valor de la concesión también se estructuró con base en un valor fijo y otro variable. El componente fijo sería el resultado de un proceso competitivo por concurso o por subasta, y el componente variable correspondería "al valor presente del flujo de caja libre estimado de los nuevos operadores, medido como un porcentaje de los ingresos derivados de la explotación de la concesión".
- 3.6.** Este informe final concluye que con la entrada de un tercer operador la CNTV recibiría una suma fija entre US\$ 184 y US\$ 189 millones aproximadamente, y un porcentaje de la explotación de todos los operadores de entre el 7,58% y el 8,95%. Asimismo establece que el esquema utilizado permitiría reducir de manera importante el riesgo regulatorio y el desequilibrio económico, en tanto el valor de la concesión quedaba "directamente ligado a la participación que dentro del mercado de televisión abierta logre cada operador" (p. 22 de la Demanda, in fine).
- 3.7.** CARACOL y RCN, en escrito del 12 de diciembre de 2008, cuestionaron los resultados de este informe final de las dos Bancas de Inversión ya mencionadas. Para estos efectos presentaron de manera conjunta sus observaciones "y solicitaron a la CNTV reconsiderar el valor señalado para

la prórroga de los Contratos de Concesión” (Hecho 7). Al final del Hecho No. 6 se indica que estas insatisfacciones de los Concesionarios fue lo que motivó la contratación “de un tercer experto (Alberto Carrasquilla Barrera)”.

3.8. El doctor Alberto Carrasquilla Barrera, en cuanto experto en temas económicos (Hecho No. 8), fue contratado por la CNTV para fijar el valor de las Prórrogas de los Contratos de Concesión (CARACOL y RCN) y para la Concesión del nuevo canal privado de televisión de cobertura nacional. Para estos efectos, el experto debía hacer sus recomendaciones a partir del “Informe Final Conjunto (Informe Número Tres)” de las dos Bancas de Inversión que se identificaron en párrafos anteriores.

3.9. Este grupo de Hechos (8 a 12) da cuenta de que las conclusiones y recomendaciones del estudio de Carrasquilla Barrera fueron tomadas por la CNTV para fijar los precios en cuestión (Prórrogas y Concesión de un nuevo canal), asunto que la Convocante confirma mediante la invocación y transcripciones del Acta No. 1480 del 7 de enero de 2009 de la Junta Directiva de la CNTV, tal y como se observa en los Hechos Nos. 10 y 11 que se resumen.

3.10. En estos Hechos (8 a 12) la Convocante reseña los aportes, modificaciones y reestructuraciones de Carrasquilla Barrera, en su calidad de tercero experto llamado no a efectuar un nuevo estudio, sino a introducir los ajustes que considerara pertinentes a la luz de las observaciones de los Concesionarios y de la misma CNTV, que se resumen así:

(i) Con las aclaraciones que obran al comienzo del Hecho No. 9, el informe del experto Carrasquilla Barrera quedó fechado el 7 de enero de 2009 y rotulado “Precio de las Licencias de Televisión Abierta Para el Nuevo Período Regulatorio 2009 - 2018”.

(ii) Una diferencia notable con el “Informe Final” de las dos Bancas de Inversión (Primera Valoración) es que en el esquema de Alberto Carrasquilla no se tiene en cuenta “el cálculo proyectado de los ingresos de todo el período de la prórroga de la concesión (2009-2018), sino, únicamente, dos años tipo (2009 y 2010)” (Hecho No. 9, tercer párrafo).

(iii) “En razón a que la Junta Directiva de la CNTV decidió no aumentar los requisitos regulatorios en materia de cobertura que se encontraban vigentes..., el estudio propone, entre otros ajustes, una revisión de las

inversiones en CAPEX (Capital Expenditures) con lo cual se generó un aumento en el valor de la prórroga de la concesión” (p. 25 de la Demanda, primer párrafo).

- (iv) “En línea con lo anterior, 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 \$ 69.276MM” (ibídem).
- (v) El informe de Alberto Carrasquilla “define un esquema en el que el valor de la prórroga se plasmó en una tabla... la cual establece una relación entre el aludido valor de la prórroga y distintos montos de la inversión neta en publicidad en TV abierta, nacional, regional y local (INPTV) para los años 2009 y 2010”. “Esta tabla se convirtió contractualmente en el método para definir el Precio Final de las prórrogas de las concesiones de CARACOL Televisión S. A. y RCN Televisión S. A.” (ps. 24 y 25 de la Demanda). Después de realizar los ajustes propuestos por Carrasquilla el máximo valor que tendría que pagar cada uno de los operadores por la licencia (prórroga) sería de \$ 264.367 MM y el mínimo sería un valor de \$ 110.000 MM. Respecto de este último valor no hay explicación de su origen o estructuración (Hecho No. 9).
- (vi) En el Acta No. 1480 del 7 de enero de 2009, de la Junta Directiva de la CNTV consta que se acogieron las conclusiones y recomendaciones de Carrasquilla respecto de la estructuración de los precios varias veces mencionados. En la página 27 de la Demanda aparecen las transcripciones pertinentes, así: “Un precio base para los canales RCN y CARACOL de \$ 187.184 mil (sic) millones de pesos, con un rango cuyo límite inferior es \$ 110.000 mil (sic) millones de pesos y cuyo límite superior es 264.367 mil (sic) millones de pesos y una metodología de ajuste para el precio final, que sería revisable en 2 años de acuerdo con los resultados reales de la pauta publicitaria” (Hecho No. 11).

3.11. El 3 de agosto de 2007 el Concesionario radicó ante la CNTV solicitud de prórroga del Contrato de Concesión; la CNTV fijó, en el Acuerdo 003 del 17 de julio de 2008, el reglamento de la Prórroga de los Contratos de Concesión de los canales privados nacionales; consta en el Acta No. 1438 del 5 de agosto de 2008 de la Junta Directiva de la CNTV que formalmente procedía esa Prórroga, para la que había que “convenir los ajustes de tipo jurídico, económico y técnico que a juicio de las partes (era) necesario o

conveniente introducir a los contratos de concesión”. Con la intervención de varios asesores externos se adelantó ese proceso de negociación de los términos y condiciones de la Prórroga de esos Contratos de Concesión y el 8 de enero de 2009 la CNTV expidió la Resolución No. 001 por la que se aprueba la prórroga de los Contratos de Concesión Nos. 136 (CARACOL) y 140 (RCN). Esta prórroga quedó consignada en el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión, por diez (10) años a partir del 11 de enero de 2009 (Hechos 13 a 21. Lo transcrito obra en el Hecho No. 15).

3.12. En el Hecho No. 22 se afirma que por “virtud de la suscripción del Otrosí No. 4, en la cláusula séptima del Contrato de Concesión se dispuso que el valor que el Concesionario pagaría por la prórroga se determinará de acuerdo con las siguientes condiciones” y, a continuación (ps. 30 a 35 de la Demanda), la Convocante transcribe textualmente la referida “CLÁUSULA SÉPTIMA.- VALOR DEL CONTRATO”, que comprende: (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 manera 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 advirtiendo 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 manifestación de las partes en el sentido de advertir que el valor de la prórroga ha sido determinado con base en el resultado de la aplicación de un modelo 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”. En el Hecho 23 (ps. 35 y 36 de la Demanda) la Convocante presenta su resumen de este pacto contractual.

3.13. La Convocante destaca (Hecho No. 24) que esta prórroga se otorga al Concesionario “para la operación y explotación de un canal de televisión privada de cubrimiento nacional con la participación de dos operadores incumbentes y un nuevo operador a partir del 1 de julio de 2010”

(destacado y subrayado en la demanda, p. 37). Lo transcrito corresponde a la cláusula Cuadragésima Octava del Contrato de Concesión, tal y como quedó a partir de la suscripción del Otrosí No. 4.

- 3.14. La gestión interna de la CNTV para abrir una licitación encaminada a la adjudicación y entrada de un tercer canal de televisión abierta de cobertura nacional registra como antecedentes “La Gran Encuesta de Televisión en Colombia” de la empresa de verificación y medición de opinión Ipsos-Napoleón Franco (Hecho 27), así como los estudios de las Bancas de Inversión identificadas en el No. 4 anterior y el estudio del experto Alberto Carrasquilla, cuyas valoraciones de las Prórrogas de las Concesiones de los canales privados tomaban en cuenta “la presencia y operación de un tercer canal privado de televisión abierta de cobertura nacional” (Hecho 28).
- 3.15. En el Hecho 29 se mencionan las vicisitudes, de diferente naturaleza, que han impedido la entrada en operación de aquel tercer canal de televisión, circunstancia de la que deduce la Convocante las consecuencias que consigna en ese mismo Hecho -y en otros de este Título de la demanda- que se contraen a las siguientes: (i) “que se desvirtúa uno de los supuestos esenciales para el establecimiento del valor de la prórroga del Concesionario”; (ii) Que esa situación da lugar a “un rompimiento del equilibrio económico-financiero del Contrato de Concesión”; (iii) Que si se “elimina la participación del tercer canal durante los años 2010 y 2011 en el modelo” ello arrojaría “un aumento en el precio de la prórroga de aproximadamente \$ 32.020.000.000... con respecto al valor inicial previsto” (Hecho No. 31, primer párrafo).
- 3.16. Afirma la Convocante que el valor de la Prórroga de la concesión se construyó asumiendo la participación de un tercer canal de televisión desde el 2010, “que se refleja en un acomodamiento progresivo del share en la torta de publicidad”, en la que ese tercer canal va teniendo una participación progresiva que se describe en el segundo párrafo de la página 40 de la Demanda (Hecho No. 31).
- 3.17. Dice la Convocante, en ejercicio matemático fundado en la regla de la proporcionalidad, que “el valor que debe reconocerse a la CNTV por la no entrada del tercer canal... es de **\$17.858.000.000**” (negrilla del texto), sin tomar en cuenta las correcciones que habrán de efectuarse en el cálculo de la INPTV, por lo que ese valor “será seguramente superior al aquí establecido” (último párrafo del Hecho No. 31).
- 3.18. En cumplimiento del pacto contractual que defirió a “un tercero idóneo” (Auditor) establecer la INPTV de los años 2009 y 2010, los “canales incumbentes” (CARACOL y RCN) interactuaron con la CNTV para seleccionar y contratar al Auditor.
- 3.19. Luego de consultar a FEDESARROLLO, que manifestó finalmente haber “concluido que para esta institución no es posible adelantar el encargo

requerido" (Hecho No. 34), CARACOL y RCN invitaron a cuatro firmas internacionales de auditoría acreditadas en Colombia, entre las que se escogió a ERNST & YOUNG para efectuar ese trabajo de acuerdo con su propuesta del tres (3) de julio de 2009, aclarada el ocho (8) de julio del mismo año (Hecho No. 42), sin que esa selección hubiera estado exenta de inconformidades por parte de la CNTV.

- 3.20.** Sus principales inconformidades con relación a la selección anterior las concreta la Convocante así: (i) que no se atendió su observación de que Price Waterhouse Coopers, KPMG Ltda. y Deloitte&Touch "actuaban como revisores fiscales de los canales de televisión abierta que participan en el mercado de pauta publicitaria"; (ii) que no se atendió su recomendación de ampliar la invitación a presentar propuestas a otras firmas; y (iii), que en respuestas entregadas por CARACOL, de manera conjunta con RCN, suministraron instrucciones al Auditor que la Convocante considera son interpretaciones unilaterales de esos canales (Hecho 41 in fine), "riesgosa(s) para la auténtica y fiel aplicación ... de la cláusula séptima".
- 3.21.** El contrato con el Auditor se suscribió el 15 de julio de 2009, y son partes contratantes CARACOL Televisión S. A. y RCN Televisión S. A.
- 3.22.** En los últimos hechos de este capítulo la Convocante recuerda el objeto de este contrato y otras materias vinculadas, así: la labor del Auditor debía centrarse en establecer, en el período indicado, el comportamiento real de la INPTV (subrayado en la Demanda, Hecho No. 45); describe la totalidad de documentos que integran el Contrato con el Auditor (Hecho No. 46); que la supervisión del Contrato estaba a cargo de un cuerpo colegiado integrado por dos delegados de la CNTV y uno por cada uno de los canales incumbentes, y en el Hecho final (No. 49) manifiesta que la CNTV informó a CARACOL (igualmente a RCN), "que había designado a las doctoras Francia Jiménez y Claudia Silva como encargadas de efectuar, en nombre de la CNTV, la supervisión del contrato suscrito entre ambos concesionarios y el Auditor".
- 3.23.** Este capítulo comprende solamente el Hecho No. 50 con tres subdivisiones, y en él afirma la Convocante que el 29 de octubre de 2009 la CNTV y CARACOL suscribieron el Otrosí No. 1 al Otrosí No. 4 del Contrato de Concesión No. 136 de 1997 y destaca, de ese texto, la fecha en que el Auditor debía informar el valor de la INPTV del primer semestre de 2009 (a más tardar el 30 de octubre de 2009), la fecha en que el Concesionario deberá pagar el mayor valor de la Concesión que resulte como efecto del Valor de Ajuste, VDA, así como la manera como se aplicaría el saldo si la diferencia resultare a favor del Concesionario.
- 3.24.** Para recaudar la información necesaria para establecer la INPTV real de 2009 y 2010 la CNTV solicitó a la Convocada (igual a RCN) el suministro de información contable (Hecho No. 51) y comercial (Hecho No. 55) y profirió

varias Circulares para requerir esa información a operadores de diversos niveles y coberturas (Hechos No. 64 y 68), y para que los revisores fiscales de esos operadores certificarán específicamente los ingresos trimestrales por pauta.

- 3.25. El 16 de febrero de 2010 el Auditor remitió a la CNTV el primer informe del valor de la INPTV para los años 2008 y 2009 (1º enero a 31 de diciembre), con un detalle de los valores por trimestres. La CNTV manifestó sus observaciones e inquietudes -que persistirán y se reiterarán- basadas en: (i) la tendencia hacia la baja de la pauta, a contramano de su tendencia histórica; (ii) la equivocada metodología para expresar en pesos constantes de 2008 cifras corrientes de 2009; (iii) el incremento de la Autopauta; (iv) la negociación de tarifas con empresas del mismo grupo económico en condiciones extraordinariamente favorables, lo que arrojaba como consecuencia **“una artificial disminución de los ingresos por pauta publicitaria** registrados por los concesionarios en 2009” (Hecho 58, in fine. Negrillas del texto).
- 3.26. En el Hecho No. 59 la Convocante expone el error en que, a juicio de la Convocante, incurrió el Auditor en la técnica de deflactación para expresar en pesos constantes de 2008 los pesos corrientes de 2009: “... dicho en forma sencilla, desconocería el hecho de que, por ejemplo, los pesos de **enero de 2009** no pueden deflactarse a pesos constantes del **31 de diciembre de 2008** con la tasa de inflación **acumulada total de 2009**” (Hecho No. 59, negrillas del texto).
- 3.27. En respuesta a la CNTV el Auditor pretextó que no ha detectado las inconsistencias que se le imputan a su trabajo (Hecho 59 in fine).
- 3.28. El Auditor presentó el 4 de marzo de 2010 el borrador de su segundo informe sobre el valor de la INPTV del período 1º de enero a 31 de diciembre de 2009, sobre el que afirma la Convocante que “desoyó las recomendaciones planteadas por la CNTV” sobre la metodología de deflactación (Hecho No. 60). La Convocada y RCN, de manera conjunta, en comunicación a la CNTV del 8 de marzo de 2010 expresaron que las observaciones de la CNTV al resultado de la INPTV establecida por el Auditor en el período indicado excedían el objeto del contrato con el Auditor, así como lo acordado por la CNTV con los canales incumbentes. En resumen, (i) que el Auditor no fue contratado para realizar estudios de mercado o de las políticas de precios de los canales, (ii) ni para analizar el comportamiento de la pauta, (iii) ni para efectuar una auditoría completa a los estados financieros de los Concesionarios (Hecho No. 61).
- 3.29. El Auditor presentó el informe final sobre la INPTV del periodo 1º de enero a 31 de diciembre de 2009 el 10 de marzo de 2010, al que se refirió la CNTV en Oficio del 17 de marzo de 2010 expresando que ese informe no recogía sus observaciones (Hechos Nos. 62 y 63).

- 3.30.** El 5 de agosto de 2010 el Auditor presentó el borrador del informe sobre el valor de la INPTV correspondiente al primer semestre de 2010, y el 11 de noviembre del mismo año respecto del primer semestre (Hechos Nos. 65 y 66).
- 3.31.** La CNTV presentó, el 16 de noviembre de 2010 sus observaciones al anterior informe semestral. En la demanda se destacan las siguientes: (i) “inconsistencias en el cálculo y las fallas en el procesamiento de la información”; (ii) no haber puesto “en marcha los mecanismos de verificación que el Contrato de Concesión le encomienda realizar”; (iii) “que para la CNTV había ya evidencias de pauta no gravada, pauta gratuita, negociaciones especiales... que contradicen tendencias observadas en los años anteriores”; (iv) incongruencias entre los valores de la INPTV reportados... por el Auditor, y entre estos y los informes presentados por Asomedios; (v) que “la certificación de los ingresos derivados de la pauta publicitaria debe hacerse a precios de diciembre de 2008 y no a pesos corrientes como lo seguía haciendo el Auditor” (Hecho No. 67).
- 3.32.** En comunicación del 6 de diciembre de 2010, el Auditor presentó sus comentarios a las anteriores observaciones de la CNTV manifestando que “se habían absuelto todas las inquietudes de los interesados” y que “se había ajustado a los procedimientos establecidos para la determinación del valor de la INPTV, y que incluso había efectuado gestiones que -en su criterio- superaban el alcance de los términos contractuales” (Hecho No. 69).
- 3.33.** En comunicación del 2 de diciembre de 2010 el Auditor solicitó a la CNTV, a la Convocada y a RCN “un acuerdo sobre la metodología más apropiada de acuerdo con los intereses de las partes”, debido a la contradicción de esas entidades sobre la metodología de estimación de INPTV (Hecho No. 70). La demanda registra solamente los comentarios de RCN en el Hecho No. 71.
- 3.34.** El 17 de diciembre de 2010 la CNTV “en ejecución de su rol como supervisor del Contrato de Auditoría” presentó sus “observaciones esenciales” al trabajo del Auditor (verificar la INPTV real para los años 2009 y 2010) que la Convocante agrupa bajo estos rubros en la demanda (Hecho No. 73): (i) “Correlación del PIB y la INPTV.- Descenso injustificado de la INPTV 2009 y 2010”; (ii) “Apropiado uso del IPC periódico (trimestral) para deflactar a pesos constantes de diciembre de 2008, los valores de la INPTV de los trimestres de 2009 y 2010”; (iii) “Estacionalidad de diciembre de 2010. Metodología de proyección basada en estadística”
- 3.35.** El 22 de diciembre de 2010, CARACOL se refirió a la comunicación de la CNTV del día 17 de ese mismo mes (Párrafo anterior) para advertir que (i) el Auditor “no podía apartarse de lo previsto por las partes en los Otrosíes al Contrato de Concesión suscrito el 9 de enero de 2009”, y (ii) solicitar a la

CNTV no impartir al Auditor instrucciones unilaterales, contrarias a lo pactado, que pueden comprometer su independencia (Hecho No. 74). La CNTV replicó esta comunicación el 30 de diciembre con la indicación de que sus observaciones se sujetaban a sus facultades de supervisión del contrato con el Auditor y que en ningún caso se apartaban de lo previsto contractualmente (Hecho No. 77).

- 3.36.** El Auditor presentó este informe el 29 de diciembre de este mismo año (Hecho No. 76) al que replicó la CNTV reiterando, en esencia, las mismas observaciones ya formuladas (No. 34 anterior y Hecho No. 76).
- 3.37.** El 4 de enero de 2011, el Auditor se refirió a las glosas de la CNTV afirmando que su trabajo se ciñó a lo establecido por las partes incumbentes y la CNTV en los Otrosíes 4 y 8 de los respectivos Contratos de Concesión (Hecho No. 78).
- 3.38.** El 4 de enero de 2011, el Auditor entregó la INPTV de estos dos años, tanto en pesos corrientes de cada año, como en pesos constantes de diciembre de 2008 (Hecho No. 79). En la p. 69 de la demanda la Convocante afirma que la re-expresión de esas cifras con la metodología pertinente, en pesos constantes de la fecha que acaba de indicarse “es de aproximadamente \$ 8.500.000.000 que a su vez representan en el Precio Final de la concesión, un incremento de aproximadamente \$28.000.000.000” (Hecho No. 79).
- 3.39.** De manera conjunta CARACOL Televisión S. A. y RCN Televisión S. A. también manifestaron su inconformidad con las variaciones que había tenido el cálculo de la INPTV finalmente reportado por el Auditor con relación a sus informes anteriores (Hecho No. 80).
- 3.40.** La CNTV, en comunicación del 5 de enero de 2011 reiteró sus observaciones al informe del Auditor respecto del monto de la INPTV de los años 2009 y 2010, en esencia, con los mismos cargos que ya se resumieron en párrafos anteriores (Hecho No. 81).
- 3.41.** El 7 de enero de 2011, el Auditor envió tres comunicaciones para contestar las inquietudes y salvedades, respecto del borrador de informe de la INPTV para los años 2009 y 2010, a CARACOL, a RCN y a la CNTV. En esta última remitió el Informe Final del valor de la INPTV correspondiente a los años 2009 y 2010, tanto en pesos corrientes de los años indicados (\$873.845.468 y \$969.079.390 respectivamente), como en pesos constantes de diciembre de 2008 (\$856.691.635 y \$ 920.885.755, respectivamente). La CNTV formuló salvedades a este Informe Final que el Auditor contestó el 11 de enero de 2011 (Hechos Nos. 82, 83 y 84).
- 3.42.** Los Hechos Nos. 85 a 88 (con los que termina este capítulo) son discursivos y en ellos sienta la CNTV, nuevamente, que el trabajo del Auditor tiene inconsistencias en el análisis del comportamiento de la pauta publicitaria en los años 2009 y 2010, asociadas a otras distorsiones (autopauta; tarifas negociadas con empresas del mismo grupo económico;

mal manejo metodológico de una estacionalidad; metodología de deflatación equivocada). Con base en estas reiteradas salvedades y críticas al trabajo del Auditor concluye:

- (i) Por error en la metodología de cálculo de la INPTV de diciembre de 2010 (tema de la estacionalidad) habría “una diferencia de \$ 4.526.465.000 (pesos corrientes) entre el valor reportado por el Auditor como INPTV de diciembre de 2010 y el valor que se obtendría con la metodología más acorde con la exactitud.”
- (ii) Si se toma en cuenta el resultado anterior y se deflata los valores de la INPTV de 2009 y 2010 como considera la CNTV que debe hacerse, esa INPTV (ambos años) sería de \$1.790.259.923.000 y no de \$1.777.577.390.000 (Hecho No. 87).
- (iii) Al ubicar este nuevo valor en la tabla del Precio Básico se obtendría un precio mayor de la prórroga de los Contratos de Concesión que sería, al menos y para cada uno de ellos, de \$ 65.267.000.000 tomando en cuenta el efecto de la no entrada del tercer canal, y de \$ 42.609.000.000 si no se toma en cuenta ese efecto (Hecho No. 87, nuevamente).
- (iv) Finalmente (Hecho No. 88) la Convocante presenta unos cálculos del efecto que “se puede derivar de fenómenos como autopauta, negociación de descuentos, etc.”, que considera “corresponde a la diferencia entre la INPTV reportada por el Auditor y la que resulta de aplicar el porcentaje histórico... que la INPTV representa del PIB”. Este ejercicio arroja, afirma la Convocante en la parte final de este mismo Hecho, “una diferencia en el valor final de la concesión de al menos \$ 116.931.000.000 si se compara lo pagado con la tabla originalmente incluida en el contrato o de al menos \$ 148.951.000.000 si se compara lo pagado con la tabla ajustada por la no entrada del tercer canal” (parte final del Hecho No. 88, negrillas del texto).

3.43. En forma previa a la determinación de la INPTV de los años 2009 y 2010 la Convocante pagó por la Prórroga de su Contrato la suma de \$187.184.000.000. Habiendo resultado el Precio Final de la Prórroga en \$ 147.436.000.000, la CNTV devolvió a la Convocante la suma pagada en exceso (\$ 39.748.000.000), que liquidada con la metodología prevista en el Contrato de Concesión y los correspondientes Otrosíes arrojó una devolución de \$ 48.999.319.192. Para estos efectos la CNTV profirió la correspondiente Resolución el 11 de enero de 2011.

4. Contestación de la demanda.

El 31 de agosto de 2011⁴, la Convocada CARACOL, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de la demanda, aceptando unos hechos, negando otros y propuso las siguientes excepciones de fondo: (i) Falta de jurisdicción y competencia; (ii) El demandante no puede alegar su propia culpa; (iii) Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV; (iv) Indebida integración del contradictorio por pasiva; (v) Inexistencia de los supuestos incumplimientos a la buena fe contractual; (vi) Violación del debido proceso e ineptitud de la demanda por violación de los requisitos formales; (vii) Inexistencia de los presupuestos para la imputación de responsabilidad por el hecho de un tercero; (viii) La mitigación del daño y (ix) La genérica.

5. Laudo arbitral.

El Tribunal de Arbitramento profirió el laudo el 7 de noviembre de 2012.⁵ En la primera parte relata los antecedentes del proceso y desarrollo del trámite. Luego en la segunda parte, el Tribunal encuentra debidamente establecidos los presupuestos procesales para proferir el Laudo arbitral y no observando circunstancia alguna que pudiera ser constitutiva de nulidad y retrotraer la actuación surtida, procede a estudiar el fondo del asunto, acometiendo el estudio de los hechos relevantes en que se fundan las pretensiones de la Demanda, “por bloques temáticos de cara a las Pretensiones sometidas al Tribunal”, así:

“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; y 7. Efectos concurrentes o acumulados, aspectos que serán analizados al momento de desatar las causales de anulación.

6. El recurso de anulación

El 24 de noviembre de 2012, la convocada interpuso el recurso de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012⁶, con fundamento en las causales de anulación de que tratan los numerales 6 y 8 del artículo 163 del

⁴ Folios 200 a 266. C. 1.

⁵ Folios 323 a 478. C. ppal.

⁶ Folio 479. C. ppal.

Decreto 1818 de 1998 y del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”

“8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...” (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

6.1. Causal 6. *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*

a. Argumentos del recurrente relacionados con la referida causal.

Afirma que como se lee en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esta hipótesis de nulidad se encamina a desestimar la validez jurídica del laudo al haber sido proferido por un Tribunal desobedeciendo el querer de las partes y, en punto a las entidades públicas, los mandatos legales, al proferir la decisión de fondo no con fundamentos en el derecho sino en conciencia.

Los fallos en conciencia se fundamentan en consideraciones relativas a la equidad y a la íntima convicción del fallador, quien tiene la facultad de decidir conforme a su “leal saber y entender”. En contraposición, los fallos en derecho se caracterizan porque el único marco de referencia posible de la decisión de fondo es el ordenamiento jurídico vigente y, en consecuencia, el juez siempre deberá estarse a la normatividad que rige los derechos pretendidos.

El fallo en conciencia parte de una concepción de la justicia que se inspira esencialmente en postulados de derecho natural, donde los hechos y las pretensiones son examinados fundamentalmente “*ex aequo et bono*”, es decir “verdad sabida buena fe guardada” o – lo que es igual- acudiendo a aquello que “sea equitativo y bueno; según el leal saber y entender del juzgador”.

Por el contrario, “en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.”

Ello supone que en el fallo en derecho el juez, además del convencimiento subjetivo que se forma como sujeto de la especie humana, debe indagar por la

verdad objetiva del asunto sometido a su conocimiento, trascendiendo a un convencimiento judicial que logra a partir de la confrontación entre la prueba, los hechos y el derecho.

Ahora bien del estudio de la jurisprudencia que ha desarrollado el alcance de la causal 6ª de anulación, se concluye que la misma se configura principalmente en dos grandes eventos a saber:

- Cuando el laudo no se fundamenta en el ordenamiento jurídico.
- Cuando el Tribunal falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, vale decir cuando falla con un manifiesto desconocimiento del acervo probatorio.

Ha dicho el Consejo de Estado que en esta hipótesis la causal de anulación se configura cuando el laudo no hace mención al derecho positivo vigente para efectos de sustentar la decisión, sino que prescinde de él, apelando a la íntima convicción del fallador y a su sentido de la equidad.

Así las cosas, desde la perspectiva del derecho objetivo que ha de sustentar un laudo en derecho, un fallo en conciencia se configura cuando:

- (i) El fallo se aparta absolutamente del ordenamiento jurídico.
- (ii) El fallo hace referencia a normas del derecho positivo pero dicha referencia no es el fundamento de la decisión.
- (iii) El fallo se fundamenta en la íntima convicción del Juez en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio.
- (iv) El fallo se basa exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)

El fallo en conciencia no solo se configura cuando la providencia se dicta sin tener en cuenta normas positivas del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha consolidado el criterio de que el fallo en conciencia también se configura cuando el fallo pretermite la valoración del acervo probatorio y omite las pruebas de los hechos que constituyen las pretensiones y las excepciones del proceso.

No puede ser de otra manera, pues en el marco de un fallo en derecho de nada serviría aportar las pruebas que se consideren idóneas y eficaces, si el fallador no está obligado a apreciarlas y exponer razonadamente el mérito que le otorga a cada una de ellas. Por ello mismo es que el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil prescribe que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” y, complementariamente, el artículo 184, ibídem, indica que “El juez expondrá razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

En consecuencia, desde la perspectiva de la prueba, un laudo en conciencia se configura cuando:

- 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.

A continuación el recurrente se refiere en el numeral “**2.1.2 a la configuración de la causal de anulación en el caso sub examine**”. Dice lo siguiente: “Es claro que, de conformidad con lo señalado por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, debió ser en derecho el laudo arbitral que pusiera fin al proceso convocado por la CNTV. Adicionalmente, la cláusula compromisoria contenida en la cláusula respectiva de la Prórroga del Contrato de Concesión no deja ninguna duda al respecto, pues señala que el Tribunal decidirá en derecho las controversias que surjan entre las partes”.

“(…)

“No obstante lo anterior, el laudo emitido el pasado 7 de noviembre constituye un fallo en conciencia por las siguientes razones:

2.1.2.1. 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*.

Luego de transcribir apartes del pronunciamiento del Tribunal, concluye diciendo que “b. El fallo se apartó de las pruebas allegadas al expediente y acudió a la libre

y caprichosa apreciación de los hechos". Afirma que el laudo arbitral se apartó radicalmente del copioso acervo probatorio que se recaudó en el proceso sobre la relación de causalidad directa entre la conducta de la CNTV y el fracaso de las dos licitaciones para adjudicar el tercer canal de televisión nacional abierta, para definir bajo su íntimo criterio o bajo su parecer, que los fenómenos que impidieron la entrada del tercer canal de televisión no fueron imputables a la CNTV.

Dice que en las consideraciones transcritas es evidente que el laudo ignoró por completo su deber legal de fundamentar el laudo en las pruebas obrantes en el expediente, como lo ordena el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil. También es evidente que el Tribunal desatendió absolutamente su obligación de apreciar todas y cada una de las pruebas del proceso, como lo señala el artículo 187 del Estatuto Procesal.

Afirma que el Tribunal sin explicar los motivos ni enumerar las pruebas de su dicho, decidió asignarle la responsabilidad del rompimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión, en virtud 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.

Continúa el recurrente diciendo que, se evidencia de la simple lectura de los apartes del laudo que fueron citados en el literal a) del acápite 2.1.2.1. del presente recurso, el Tribunal no soportó su conclusión en ninguna sola de las cientos de pruebas obrantes en el expediente, que señalan que el deplorable resultado del fracaso de las dos licitaciones del tercer canal de televisión es atribuible única y exclusivamente a la tristemente célebre Comisión Nacional de Televisión. Es más, el Tribunal se separó consciente y diametralmente de ellas, para arribar a una conclusión que no tiene ningún respaldo probatorio y que ni siquiera fue esbozada conceptual o fácticamente en su demanda por la CNTV; es decir, ni siquiera el demandante se atrevió a responsabilizar al Consejo de Estado del hecho de que no exista tercer canal de televisión.

Alega la parte convocada, que no cuestiona la tarea emprendida por el Tribunal de Arbitramento en punto a la valoración probatoria, entre otras razones porque el Laudo no se refirió a las pruebas allegadas al proceso para sustentar su dicho.

Simplemente se está evidenciando que, en contravía de las pruebas existentes, el Tribunal decidió –conforme a su leal saber y entender- que la responsabilidad por la no entrada del tercer canal de televisión era imputable al Consejo de Estado y a la Procuraduría General de la Nación; cuando en el expediente obran más de un centenar de pruebas que demuestran fehacientemente que la CNTV fue la responsable de que no entrara en operación el tercer canal de televisión y al serle imputable la causa del rompimiento del equilibrio contractual, hacían improcedente el restablecimiento del equilibrio contractual. Seguidamente relaciona las pruebas que según su dicho demuestran el retardo imputable a la CNTV en la puesta en marcha del proceso para adjudicar el tercer canal de televisión para que operara a más tardar el 1º de julio del 2010, con las cuales se pudo determinar con suficiencia en el proceso que no se dieron los supuestos que exige el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 para que la CNTV demandara exitosamente el restablecimiento económico del Otro SÍ., en particular porque: *La no entrada del tercer canal no fue imprevista ni extraordinaria: La no entrada del tercer canal de televisión a partir del 1º de julio de 2010 ni los efectos económicos de tal circunstancia fueron imprevistos o extraordinarios.*

Que la no entrada del tercer canal es imputable a actos de la CNTV y no del Concesionario: El hecho que generó el pretendido desequilibrio contractual (que en palabras de la CNTV corresponde a la no entrada del tercer canal), es imputable única y exclusivamente a la CNTV y en modo alguno al Concesionario que representa, ni mucho menos a la Procuraduría General de la Nación ni al Consejo de Estado.

Otro de los argumentos esgrimidos por el recurrente para considerar que el laudo fue fallado en conciencia debiendo ser en derecho: lo hace consistir en que *“la condena por \$ 32.362.739.667,00 se aparta del dictamen pericial obrante en el proceso.*

Fundamenta lo anterior, transcribiendo los numerales 351 a 358 del laudo arbitral y diciendo que lo que hizo el Tribunal para cuantificar el valor de la condena, se resume en lo siguiente: 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 \$ 17.858 millones. Determinó que de manera “razonable y verosímil” el tercer canal no entraría en operación antes del 31 de diciembre de

2012 y replicando la fórmula utilizada por el perito calculó por sí y ante sí al tiempo del laudo, de espaldas a los sujetos procesales, en un ejercicio ad hoc que carece de soporte en el proceso, el efecto de la no entrada del tercer canal en el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012.

Afirma que el laudo se apartó de las pruebas recaudadas en el proceso y procedió a fijar según su caprichoso criterio el valor de la condena sin sustento probatorio alguno, toda vez que utilizó un modelo que el propio perito calificó de insuficiente para tal fin. En efecto, a través de prueba pericial la CNTV buscó acreditarle al Tribunal el monto del restablecimiento pretendido. Para ello le propuso unas simulaciones al señor Perito (Cuadernillo B- Sección III & IV de la experticia), consistentes básicamente en “reexpresar” el primer valor de la columna “Precio Final” de la tabla incluida en la cláusula séptima del contrato por el ajuste de la no entrada del tercer canal, ejercicio hipotético del que el experto documentó sus conclusiones particularmente en la respuesta a las preguntas 49, 50, 51 y 52 de la Parte Convocante, pero respecto de las cuales dejó expresa constancia que correspondía a un ejercicio matemático solicitado, que es inexacto técnicamente.

Continúa diciendo la Convocada, que el perito precisó con rigor ético que *“...para modelar la NO entrada del tercer canal no solo basta con reducir los porcentajes de participación; hay que revisar como se ven afectadas las demás variables del modelo que pueden afectarse directa o indirectamente por la NO entrada de un nuevo agente al mercado”*; y agrega que *“Si se desea incluir en la valoración el escenario en el que no entra el Tercer Canal durante los periodos 2010 y 2011 se debe hacer nuevamente un ejercicio de Valoración”*.

Señaló, que pese a la claridad de las salvedades que hizo el Perito a los cálculos que realizó, el Tribunal de Arbitramento “encontró apropiado” fundar su fallo en dicho ejercicio y procedió a utilizarlo para efectos de calcular la condena. Es decir actuaron según su íntima convicción – *“ex aequo et bono”*; con fundamento exclusivo en su libérrimo criterio, el Tribunal de Arbitramento procedió a apartarse del Dictamen Pericial e ignorar sus advertencias y limitaciones técnicas, para efectos de calcular el monto del restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Manifiesta que el fallo consistente en la condena calculada por el Tribunal de Arbitramento en \$ 32.362.739.667, por concepto del restablecimiento de la

ecuación económica del Contrato por la no entrada del tercer canal en los años 2010, 2011 y 2012, constituyó en conciencia al basarse única y exclusivamente en el sentir de los árbitros, al apartarse de las pruebas existentes en el plenario y al no encontrar probado el señalado monto.

Concluye sus argumentos diciendo que en el fallo es evidente que el Tribunal de Arbitramento se separó de las pruebas allegadas y acudió a la libre formación de su criterio, mediante razonamientos subjetivos e íntimos, para decidir de acuerdo a su personal convicción sobre lo justo o equitativo, es decir, que su decisión encontró apoyo en su propio y personal criterio y no en la verdad objetiva revelada mediante la comparación de las pruebas y los hechos alegados en la demanda.

En el numeral 2.1.2.3., el recurrente afirma que el fallo proferido fue en conciencia debiendo ser en derecho: por haber condenado a la convocada a pagar la suma de \$ 11.082 millones, por la 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.

Fundamenta lo anterior alegando que la condena correspondiente a la suma de \$ 11.082.000.000.00, por la no entrada del tercer canal de televisión en el año 2012, es fruto de un fallo en conciencia, dado que para imponer esta parte de la condena el Tribunal fabricó una prueba que no fue aportada por las partes y 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 proceso⁷.

b). Posición de la parte convocante. Considera que, contrario a lo manifestado por el apoderado del Concesionario en la sustentación de su recurso, que pretende sostener la emisión de un fallo en conciencia, cada una de las situaciones jurídicas –de hecho y de derecho- en las que se soporta la decisión, así como todos los aspectos alegados por el demandado para pretender desvirtuar las aspiraciones del demandante, están explícitamente vinculados en el fallo a elementos probatorios debidamente identificados y valorados de hecho y de derecho por el juez arbitral, con lo que de plano bastaría para descartar la

⁷ Folios 490 a 530. C. ppal.

procedencia del recurso que se pretende fundar en la supuesta existencia de una decisión afincada en la conciencia en lugar del marco legal. El laudo fue producto del análisis y valoración del marco jurídico vigente y de las pruebas que de acuerdo con las reglas de la sana crítica fueron consideradas como conducentes y pertinentes por los árbitros.

En lo que toca a cada uno de los hechos concretos planteados por el Concesionario para sustentar la supuesta procedencia del recurso de anulación, la convocante los estudia uno por uno. Así: con relación al argumento concerniente a que “el Tribunal se apartó 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 (Numeral 2.1.2.1.)”, reitera que en el presente caso, el Tribunal de Arbitramento, no solo aplicó la legislación pertinente, sino que además apreció y valoró las pruebas recaudadas de conformidad con las normas de la sana crítica.

Dice la Convocante, que no se puede perder de vista que el Tribunal realizó un estudio completo y complejo del ordenamiento jurídico relevante para el asunto que nos compete, del Contrato de Concesión y sus supuestos y de la totalidad de las pruebas que constan en el expediente sobre la conducta de las partes relativas a los hechos en discusión para concluir que efectivamente concurren circunstancias inimputables a la CNTV que determinaron la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010, y por lo tanto que el Precio Final que debía pagar el Concesionario por la prórroga del Contrato de Concesión se viere impactado debido a las nuevas condiciones del mercado en las cuales se ejecutaba dicha prórroga.

Al respecto, es pertinente referirse a los numerales 310 y siguientes del laudo, en donde de manera expresa, y a partir del análisis del marco jurídico aplicable al caso, y de los hechos probados que rodearon los procesos de selección adelantados por la CNTV para la adjudicación de un tercer canal nacional de televisión abierta privada, el Tribunal pudo concluir que la no entrada del tercer canal no es atribuible a la CNTV, pues dicha entidad actuó siempre de acuerdo con sus deberes y obligaciones legales y contractuales.

Entonces, no tendría ningún soporte la afirmación del apoderado del Concesionario según la cual el Tribunal no ilustra las razones ni el sustento probatorio en el que se fundamenta para arribar a la conclusión jurídica según la cual no le es imputable a la CNTV la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010, cuando a lo largo del Laudo, el Tribunal hace expresas referencias a los

hechos probados –soportados en pruebas aportadas al proceso- que fueron valorados como fundamento de su decisión y al efecto transcribe los numerales 311 a 323 del Laudo, para concluir diciendo que el tribunal analiza los hechos probados, entre ellos, la celebración de la prórroga al Contrato de Concesión, los supuestos considerados por las partes para sus suscripción, las actividades previas adelantadas por la CNTV para adelantar las licitaciones 001 de 2009 y 002 de 2010, las actuaciones del MINTIC y de la Procuraduría General de la Nación, las actuaciones del Concesionario y la incidencia de hechos tales como las decisiones proferidas por jueces, entre otros, para declarar que la causa del rompimiento de la ecuación contractual fue la no entrada en operación del tercer canal por causas que no pueden imputarse a la CNTV, y que, por el contrario, se desprenden como consecuencia de múltiples hechos probados (con documentos y testimonios que reposan en el expediente que fueron analizados y valorados) que revisten entidad jurídica suficiente para desvirtuar cualquier intención de establecer un nexo causal entre las actuaciones de la CNTV y la no entrada del tercer canal en el plazo previsto, de manera que el no acaecimiento de ese hecho (la no entrada del tercer canal), no tuvo causa eficiente el desempeño desplegado por la CNTV en el marco de sus competencias y responsabilidades legales.

Que además de los argumentos tendientes a señalar la presunta imputabilidad a la CNTV por la no entrada del tercer canal, como prueba de que realmente la intención del apoderado del Concesionario es reabrir el debate probatorio, éste manifiesta que la no entrada del tercer canal no fue imprevista ni extraordinaria para la CNTV. Seguidamente, la Convocante transcribe los numerales 332 a 345 donde aparecen los razonamientos que hizo el Tribunal para concluir el carácter imprevisto y extraordinario de la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010, dentro de los cuales se surte el proceso de valoración y apreciación – fáctica y jurídica -. Y concluye diciendo que en ese orden de ideas, la decisión del Tribunal de Arbitramento no se basó en su íntima convicción sino en derecho, pues se hizo un análisis concienzudo de los hechos, las pruebas y el marco jurídico vigente para las partes del Contrato de Concesión. Sin embargo, de forma ingeniosa el recurrente resalta un listado de pruebas que a su juicio eran las esenciales para resolver la presente controversia, inoculando con ello el elemento subjetivo de su propia apreciación respecto del valor jurídico de los elementos probatorios aportados al proceso.

La Convocante acomete luego el otro cargo que se le achaca al Laudo, referente a que el “Tribunal supuestamente se apartó del dictamen pericial y condenó por el

impacto de la no entrada del tercer canal en el año 2012 (Numerales 2.1.2.2. y 2.1.2.3.).

Primeramente anota, que el ejercicio de reexpresión en el que se fundamentan las condenas fue realizado por el Perito sin salvedades ni objeciones a la solvencia matemática del mismo (sin perjuicio de las reflexiones que incluyó respecto de la posibilidad de efectuar alternativas también factibles y a su juicio más completas, pero que por apartarse del modelo de valoración no habrían sido “reales” –como lo exige la teoría del daño resarcible – a la luz de las bases que las partes libremente escogieron para valorar la prórroga). Pero adicionalmente, debe resaltarse que ese mismo ejercicio fue respaldado como exacto y técnico por parte del testigo Alberto Carrasquilla.

La valoración integral de las pruebas por parte del Tribunal reconoce la solvencia matemática del ejercicio de reexpresión hecho por el Perito y la fidelidad que el mismo ejercicio tiene respecto de la voluntad negocial concretada en la escogencia de las bases de valoración de la prórroga al celebrar el otrosí respectivo (todo corroborado por el contundente y consistente testimonio de Alberto Carrasquilla).

Afirma, que la errada calificación hecha por el recurrente del ejercicio pericial y a la postre judicial que arrojó las cifras de la condena, parte de la premisa errónea de interpretar la reexpresión aritmética hecha (y así calificada por el Perito) como un proceso “estadístico”, lo que denota una insalvable confusión entre dos disciplinas – la matemática y la estadística-, pues ésta recuenta hechos que se prestan a numeración o conteo, marcando tendencias o promedios, mientras que aquélla (la matemática) comporta solo la realización de operaciones exactas, sin elucubraciones, especulaciones. La simple reexpresión de los valores de la prórroga, por aplicación al modelo del hecho de la no entrada de un tercer canal (justo en el único elemento del modelo que reflejaba el efecto de ese tercer canal, esto es, la distribución porcentual de la pauta) no es más que una operación aritmética, sin estadística alguna; $1 + 1$ siempre arrojará como resultado al incuestionable 2, aunque el 3 tenga partidarios.

La metodología de cálculo del precio del Contrato de Concesión que fue aprobada en el curso del trámite arbitral como aquella utilizada por la CNTV e incorporada por las partes al respectivo Contrato de Concesión, corresponde al mismo ejercicio efectuado para establecer el impacto de la no entrada del tercer canal sin especulación, sin variación de los fundamentos del modelo como quedó probado in extenso en el trámite arbitral.

Concluye la Convocante diciendo, que de la lectura de los apartes transcritos del Laudo, y contrario a lo manifestado por el apoderado del Concesionario, no es cierto que el Tribunal de Arbitramento haya proferido un fallo en conciencia al condenar al Concesionario al pago del impacto derivado de la no entrada del tercer canal durante el año 2012, pues en primer lugar, el tercer canal no entraría en operación – por causas no imputables a la CNTV- el 31 de diciembre de 2012, y por otra parte, como fue desarrollado de forma clara en el Laudo respectivo, la prueba existente en el expediente para calcular del impacto por la no entrada del tercer canal, esto es, el modelo de valoración aplicado mediante la metodología propuesta por la CNTV en el cuestionario del Perito y validada por su autor (Alberto Carrasquilla), está parametrizada en forma anual, por lo que hubiera resultado imposible que el Tribunal de Arbitramento aplicará (sic) e interpretará (sic) dicha prueba (modelo) de forma diferente a la realidad que representa.

El Tribunal de Arbitramento condenó al Concesionario a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión considerando que el tercer canal no entraría en operación el 31 de diciembre de 2012, como efectivamente sucedió, de lo cual se desprende que el fallo no fue proferido en conciencia, como alega el apoderado del Concesionario, sino como consecuencia de un adecuado proceso volitivo sobre el marco jurídico, el modelo y las demás pruebas del proceso que le permitieron determinar el monto de la condena.⁸

c).- Concepto del Ministerio Público. El agente del Ministerio Público luego de transcribir apartes de la Jurisprudencia de ésta Corporación en lo que respecta al estudio que ha hecho de la causal que se alega; y de analizar los argumentos expuestos por el Tribunal al analizar “el pretendido rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato”, concluye diciendo, que no tiene razón la convocada, toda vez que no se profirió laudo en conciencia, pues las afirmaciones del Tribunal de arbitramento se fundaron en medios de prueba a los cuales hizo referencia en el laudo; los árbitros expresaron en el texto del laudo las razones de la conclusión, no se pretermitieron todas las pruebas; hubo análisis probatorio y no se acudió a la libre apreciación de los hechos. El hecho de no enumerar o relacionar todas las pruebas no indica que el laudo adolezca del análisis probatorio y/o que no se hayan apreciado todas las pruebas.

En lo que hace al otro reparo que hace la Convocada al laudo, en lo concerniente a que “La condena por \$ 32.362’739.667,00 se aparta del dictamen pericial obrante en el proceso. Y por haber condenado a la convocada a pagar la suma de

⁸ Folios 570 a 597.C. ppal.

\$ 11.082 millones por la 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”; el Ministerio Público luego de analizar los argumentos del recurrente y los expuestos por el Tribunal de Arbitramento en el laudo, precisa que aquél sí se fundamentó en una prueba practicada en el proceso y con base en ella efectuó el cálculo del impacto hasta diciembre de 2012. Se evidencia que lo pretendido por el recurrente es controvertir el análisis probatorio que realizaron los árbitros para cuantificar el valor de la condena por el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato y no el que se hubiera fallado sin pruebas o solamente en el sentir de los árbitros, pues éstos sí tomaron en cuenta el dictamen.

La crítica al laudo no es que fallara sin pruebas sino que se falló con base en el dictamen y el análisis que del mismo efectuó el Tribunal, lo cual en criterio de la convocada no era posible por algunas observaciones que hiciera el perito. Recuérdese que el perito no es el juez y que el dictamen es un elemento de juicio que debe entrar a analizar el operador jurídico, en este caso los árbitros, de conformidad con el análisis en conjunto del acervo probatorio.

Si las conclusiones a las que arribó el Tribunal dentro del análisis de los elementos de juicio no son compartidas por las partes o por una de ellas, no por ello el laudo es pasible de ser anulado, máxime porque el recurso extraordinario de anulación no es una vía procesal para determinar si la decisión es correcta, ni para restudiar las valoraciones jurídica y probatoria que efectúa el tribunal.⁹

6.2. Causal 8. “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...” (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

a) Posición del recurrente. Comienza transcribiendo el numeral 8 del artículo 38 numeral 8, del Decreto Ley 2279 de 1998; luego se adentra en el alcance de la causal de anulación, diciendo que se trata del denominado principio de congruencia, a cuyas voces el fallo ha de encontrarse “en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que hubieren sido probadas y alegadas cuando así lo exige la ley, o que deban ser declaradas de oficio por el juzgador si se encuentran demostradas, principio éste que resulta acorde con la delimitación que trazan las partes al juzgador para que en nombre del

⁹ Folios 634 a 653. C. ppal.

Estado dirima el litigio existente entre ellos.

Dice que para efectos del presente recurso, es importante señalar que bajo la causal octava de anulación de los laudos arbitrales es posible controlar las actuaciones del Tribunal en punto a las decisiones que pueden configurar una extensión indebida de su competencia. A renglón seguido, transcribe apartes de una sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, referente a la causal que se plantea.

Seguidamente, estudia la configuración de la causal de anulación en el caso sub examine, al considerar en el numeral 2.2.2.1 que el Tribunal incurrió en “Fallo ultra petita al declarar que “el valor de la Prórroga del Contrato de Concesión No 140 de 1997, suscrita el nueve (9) de enero de dos mil nueve (2009) entre la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, y Caracol 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”.

Para el efecto transcribe lo decidido en el numeral 529 del Laudo Arbitral, y precisa que al revisar la parte resolutive del laudo, se encuentra que el Tribunal estableció que la CNTV apeló a “a otros medios e indicaciones”, para fijar el precio y no solamente la cláusula 7 del Texto Integrado del Contrato de Concesión, evidenciado así “la injerencia que tuvo el Concesionario en su estructuración (...) el hecho incuestionable de que la CNTV combinó la facultad que tenía de fijar ese precio de manera unilateral con lo que le permite el artículo 1864 del C.C., esto es, con otros “medios e indicaciones que lo fijen”, incluida la apelación a un “tercero idóneo” encargado de verificar unos determinados “supuestos de mercado”.

En virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento concluyó que “el Tribunal despachará de manera favorable la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, pero con la aclaración de que esa Cláusula Séptima del texto de la Prórroga del Contrato de Concesión si bien es la fuente básica del estudio de la manera como se conformó el precio, no es la única fuente normativa para determinar el precio en este caso (Cuestión Jurídica No 1)”.

Alega la Convocada, que al decidir de esa manera, el Tribunal de Arbitramento concedió una pretensión diferente a la solicitada por la CNTV, y para demostrar tal aserto, realiza un cuadro comparativo entre lo pedido por la CNTV y lo decidido por el Tribunal, concluyendo, que es evidente que

los árbitros debieron despachar desfavorablemente la Primera Pretensión Principal General de la demanda de la CNTV, pero para viabilizarla terminaron adicionándola, concediendo una pretensión diferente y de su propia cosecha, lo cual hace que se configure la causal octava del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

En el numeral 2.2.2.2., la Convocante alega que en el Laudo pronunciado por el Tribunal, se incurrió en “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”.

Para fundamentar lo anterior, transcribe el numeral 531 del Laudo Arbitral, en el cual el Tribunal condena al Concesionario a pagarle a la CNTV, la suma de \$ 32.362.739.667.00, como resultado del cálculo que efectúa en los numerales 353 a 358, ibídem.

Dice que el Tribunal desbordó el mandato de las partes y su propia competencia cuando decidió condenar a la Convocada a pagar una suma por el supuesto desequilibrio contractual del año 2012, pretensión que la CNTV no solicitó en el proceso y que ni siquiera se molestó en probar.

Alega que en el presente caso, en ninguno de los hechos de la demanda y – mucho menos- en ninguna de sus pretensiones, la CNTV solicitó al Tribunal de Arbitramento condenar a la Convocada al pago del impacto de la no entrada del tercer canal de televisión por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de octubre de 2012 o al 31 de diciembre del mismo año. Tampoco dicha solicitud se deriva de ninguna actuación procesal de la CNTV y que la actividad probatoria desplegada por esta, se orientó a establecer el valor del desequilibrio contractual, por el impacto de la no entrada del tercer canal para los años 2010 y 2011, por lo que el Tribunal de Arbitramento no podía extender su condena a todo el año 2012.

El Tribunal Arbitral condenó a la Convocada a pagar \$ 17.858.000.000.00 por el impacto de la no entrada del tercer canal en los años 2010 y 2011. Adicionalmente, sin que nadie se lo solicitara y apelando a su concepción de lo “razonable y verosímil”, el Tribunal de Arbitramento resolvió, motu proprio, condenar a la Convocada a pagar \$ 11.082.000.000.00, por el impacto de la no entrada del tercer canal en el período comprendido entre

el 2 de enero y el 31 de diciembre del año 2012. El Tribunal lo hizo a conciencia y sabía que “idealmente” no podía extender los efectos del laudo por fuera del espacio temporal en que ejercía jurisdicción.

Tal proceder viola el principio de congruencia porque, el laudo debe acompañarse con los hechos de la demanda y los hechos probados y la demanda no puede asumir nunca hechos futuros.

En el numeral 2.2.2.3, la Convocada alega que el “fallo es incongruente al pronunciarse sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa del Concesionario”. Sustenta lo anterior, transcribiendo lo decidido por el Tribunal de Arbitramento en el numeral 533 y los argumentos expuestos por el Tribunal en los numerales 225 a 238 del laudo, con lo cual se demuestra que este asumió competencia para conocer acerca de las pretensiones de la CNTV fundadas en el enriquecimiento sin causa, pese a que en la contestación de la demanda el Concesionario manifestó que “El Tribunal no es competente para resolver pretensiones relativas a un supuesto “enriquecimiento sin causa”.

Seguidamente, procede la Convocada a relacionar las distintas pretensiones en donde supuestamente la Convocante solicita se le de aplicación a la figura del enriquecimiento sin causa y en consecuencia, por una petición de principio era imposible someter a arbitraje por la vía de la cláusula compromisoria, pretensiones fundadas en un eventual enriquecimiento “sin causa legal alguna” y debió el Tribunal de arbitramento abstenerse de asumir la competencia para estudiar y resolver las mismas, pues la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión y su Prórroga solo habilitaba al Tribunal para pronunciarse acerca de una “controversia o diferencia relativa a dicho contrato o relacionada con el mismo” y no a cuestiones que no estuvieran vinculadas con el Contrato, tal como la acción in rem verso.

En el numeral 2.3., el recurrente plantea la causal de anulación por violación al debido proceso, al considerar que la jurisprudencia constitucional ha admitido, en defensa de principios superiores del Estado de Derecho, que el recurso de anulación procede - además de las causales taxativamente señaladas en la Ley -, cuando se evidencian violaciones a disposiciones normativas de carácter imperativo, así como circunstancias que impliquen infracción o vulneración de los derechos fundamentales y transcribe a continuación lo dicho por la Corte Constitucional.

Alega que en este caso se configuró la referida causal por violación del debido proceso de la Convocada en el Laudo Arbitral proferido el 7 de noviembre de 2013 y se manifestó mediante la configuración de un defecto fáctico al resolver la excepción denominada "improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV". Defecto fáctico que se configuró de dos maneras:

- Por omisión de las pruebas recaudadas, para resolver negativamente la excepción citada, en razón a que el Tribunal de Arbitramento omitió la valoración de un extenso material probatorio determinante para resolver dicha excepción.
- Por valoración defectuosa del acervo probatorio, al concluir el Tribunal de Arbitramento de manera irracional e ilógica que la no entrada del tercer canal de televisión no era imputable a la CNTV y que dicha circunstancia le era imputable a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo de Estado.

Los argumentos para sustentar esta causal de anulación son los mismos a los expresados por el recurrente en el literal b del numeral 2.1.2.1., en donde se insiste sobre la falta de valoración por parte del Tribunal de las múltiples pruebas allegadas al proceso, lo que fue determinante para la resolución del caso, a lo cual nos remitimos.

En el numeral 2.3.2.2., alega la Convocada que existió violación al debido proceso por defecto fáctico del laudo, en razón a que el Tribunal de Arbitramento valoró de manera arbitraria, irracional y caprichosa 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.

Se fundamenta lo anterior diciendo, que en el numeral 538 del Laudo el Tribunal de Arbitramento decidió "que carecen de fundamento y, en consecuencia, no prosperan las excepciones propuestas por Caracol Televisión S.A." y nuevamente se insiste que en distintos apartes del Laudo proferido se dijo que la responsabilidad por el fracaso de la licitación del tercer canal de televisión no era atribuible a la CNTV, sino imputable a la Procuraduría y al Consejo de Estado; sin embargo, al revisar tanto la recomendación de la Procuraduría General de la Nación contenida en el oficio del 7 de enero de 2010 y el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2012, es claro que los mismos no

permiten concluir lógica y racionalmente que la no entrada del tercer canal sea imputable a dichas autoridades.

Que las anteriores consideraciones permiten concluir que la causa de la revocatoria de la Licitación 001 de 2009 no fue el consejo de la Procuraduría, sino las múltiples fallas cometidas por la CNTV en la conducción de dicho proceso, por lo que surge palmario que la valoración realizada por el Tribunal de Arbitramento respecto de la circunstancia en comento es abiertamente irracional e ilógica.

Finaliza el recurrente sus alegatos, refiriéndose a la sentencia del 14 de febrero de 2012, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, para concluir diciendo que es evidente que con fundamento en las consideraciones del fallo no se puede afirmar que la causa del rompimiento de la ecuación contractual fue la no entrada en operación del tercer canal porque el Consejo de Estado anuló el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación 002 de 2010. Lo que permite concluir lógica y racionalmente el análisis de la providencia en mención es que el rompimiento de la ecuación contractual se produjo por la no entrada del tercer canal ocasionada por la CNTV al definir un Pliego de Condiciones ilegal según el cual era posible la adjudicación del tercer canal mediante "subasta" con un único proponente, lo que ocasionó que, el Consejo de Estado declarara la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones y lo retirara del ordenamiento¹⁰.

b).- Posición de la parte convocante. Indicó que en el presente caso no se configura la causal de anulación invocada y sustentada por el apoderado del Concesionario, pues la decisión tomada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo recurrido recayó exclusivamente sobre asuntos que eran competencia de los árbitros de conformidad con la Constitución, la Ley, el pacto arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que se planteó por las partes en el curso del trámite arbitral.

Dice que no es cierto, como lo pretende hacer ver el apoderado del Concesionario, que el Tribunal de Arbitramento haya declarado y condenado por conceptos diferentes de los solicitados en la convocatoria arbitral, pues como se advierte de la lectura comparada de la Primera Pretensión Principal General de la demanda y del numeral 529 del Laudo, la condena proferida no concede más de lo solicitado por la CNTV.

La precisión que hace el Tribunal de Arbitramento en el sentido de que la sujeción

¹⁰ Folios 530 a 568. C. ppal.

del precio del Contrato de Concesión a lo regulado por la cláusula séptima del mismo no desconoce las normas imperativas y subsidiarias a las que el Tribunal hizo referencia en el texto del Laudo recurrido, no puede constituir una divergencia entre lo solicitado y lo concedido.

Con relación a la configuración de la causal por haber condenado 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”, la convocante transcribe el texto de la Pretensión Cuarta Principal General, y concluye que de la misma se destaca el señalamiento del momento a partir del cual se ruega el reconocimiento del impacto (1 de julio de 2010), pero aparece de bulto la no existencia de un límite temporal posterior que le ponga fin al pretendido reconocimiento de los efectos sucesivos de la no entrada del tercer canal. La pretensión no marca un límite temporal a los reconocimientos, y por el contrario, previendo que el debate arbitral se extendería hasta una fecha en la que, al producirse el Laudo, no hubiese entrado en operación el tercer canal de televisión, la pretensión se dejó deliberadamente abierta para que el fallo recogiere los efectos probados que, en el caso debatido, se extendían hasta el 31 de diciembre de 2012.

En la medida en que la demanda claramente solicita el reconocimiento del impacto “que se pruebe”, y ya que el monto de la condena proferida incluyó el impacto hasta el 31 de diciembre de 2012, que efectivamente en el curso del trámite arbitral dicho impacto fue calculado y verificado por los árbitros a la luz de los hechos y las pruebas del expediente. En este orden de ideas, no es admisible el argumento expuesto por el apoderado del Concesionario según el cual el Tribunal de Arbitramento profirió un Laudo que condenó al Concesionario más allá de lo pretendido por la CNTV en su demanda, pues como se ha demostrado la CNV solicitó el restablecimiento económico que se probara.

En lo que se refiere al argumento expuesto por la Convocada, en el sentido que en este caso se configura la causal por haber pronunciado “sobre las pretensiones fundamentadas en el enriquecimiento sin causa del Concesionario” (Numeral 2.2.2.3).

La convocante da respuesta a los argumentos de la Convocada diciendo que es menester indicar, que el Tribunal de Arbitramento no despachó favorablemente ninguna de las pretensiones de la convocatoria arbitral relativa al enriquecimiento sin causa; sin embargo entra a analizar a renglón seguido partiendo de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en la sustentación del recurso de

anulación, si el presente requisito puede darse en situaciones de orden contractual o si se aplica de forma exclusiva en materia extracontractual.

Con relación a la causal de anulación formulada por la Convocada, por presunta violación al debido proceso, porque presuntamente “los árbitros dejaron de valorar pruebas determinantes para la resolución de la excepción denominada improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV” (Numeral 2.3.2.1.), la Convocante señala que con base en los mismos argumentos expuestos en el numeral 2.1.2.1, de su escrito de sustentación del recurso de anulación, el apoderado del Concesionario hace manifiesta su intención de reabrir el debate probatorio surtido previo al Laudo simplemente por no estar de acuerdo con el sentido del mismo, y así pretende nuevamente desconocer que si existió un proceso adecuado de valoración de las pruebas para declarar que la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010 no fue un hecho imputable a la CNTV, y justificar ahora la presunta configuración de una causal de anulación como consecuencia de una supuesta violación al debido proceso del Concesionario.

En el laudo se verifica que los árbitros tuvieron especial cuidado en estudiar el marco jurídico y los hechos que rigen la relación contractual entre la CNTV y el Concesionario y aquellos relativos a las vicisitudes propias de los procesos de selección del concesionario del tercer canal, sin embargo, para el apoderado del Concesionario, el Laudo se aparta del copioso acervo probatorio que se recaudó en el proceso, acudiendo al infundado sistema de enumerar pruebas como si la matemática fuere la regla a la hora de la valoración probatoria, como en el anacrónico sistema de “tarifa legal de prueba”.

Contrario a lo indicado por el apoderado del Concesionario, el análisis del acervo probatorio realizado por el Tribunal se realizó de acuerdo con las previsiones del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, especialmente en cuanto observaron los principios de la sana crítica y libre convicción y por ello, el Tribunal no limitó el sustento de su decisión a apartes de una sola prueba, sino que analizó la totalidad del material probatorio, concluyendo acerca de la inexistencia de una relación de causalidad entre la conducta desplegada por la CNTV en el marco de los procesos de selección surtidos y la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010.

Por último analiza la Convocante la causal planteada por la Convocada, referente a que “el Tribunal de Arbitramento valoró de manera arbitraria, irracional y caprichosa 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” (Numeral 2.3.2.2.).

Afirma que en este punto, el apoderado del Concesionario pretende nuevamente reabrir el debate probatorio surtido en el curso del trámite arbitral, y a través de la invocación de un presunto defecto fáctico del Laudo desconoce el proceso de valoración que determinó que el Tribunal de Arbitramento declarara que la causa eficiente de la no entrada del tercer canal el 1º de julio de 2010 no era imputable a conductas de las CNTV, y al cual ya no hemos referido.

Como se advierte de la lectura de las consideraciones de la CNTV para la expedición del mencionado acto administrativo – Resolución No 2010-380-000004-4 del 7 de enero de 2010- , la entidad no compartía los juicios de valor del Ministerio Público por virtud de los cuales recomendaba ajustar los estudios previos, y por lo tanto revocar el acto de apertura de la Licitación Pública No 001 de 2009, por lo que mal haría en señalarse que la razón de la mencionada revocatoria fue una decisión de la CNTV libre y sin consideración a circunstancias provenientes de entes externos, pero tampoco se desprendió de una actuación descuidada de la entidad, pues los aspectos mencionados por el órgano de control, todos eran objeto de discusión, correspondían a juicios de valor sobre los cuales la CNTV, sus asesores y los documentos del proceso mismo, demuestran, al menos, la existencia de fundada certeza de bien obrar en cabeza de la CNTV, sin que la Procuraduría ni la Contraloría hubiesen adelantado investigación por esos hechos en contra de la CNTV.¹¹.

c) Concepto del Ministerio Público.

Solicita que también se desestime esta casual, en razón a que “...los argumentos en que sustenta la anulación pretendida ya fue objeto de análisis al estudiar la causal de haberse proferido el fallo en conciencia, donde se concluyó que el Tribunal de arbitramento sí tuvo en cuenta los medios de prueba allegados al proceso, es decir no se omitió la valoración del acervo probatorio, ni tampoco se evidencia una valoración caprichosa.¹²

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) Aspectos previos: Sucesión Procesal; ii) La competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; iii) los alcances del

¹¹ Folios 597 a 632 C. ppal.

¹² Folios 653 a 670, ib.

arbitramento y del recurso de anulación contra laudos; y iv) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

1. Aspectos previos: Sucesión Procesal

La Sala precisa que con la expedición del artículo 21 de la Ley 1507 de 2012, la Comisión Nacional de Televisión fue **sustituida procesalmente** –de manera inmediata – por la Agencia Nacional de Televisión, tal como lo dispuso el Tribunal de Arbitramento, en su Laudo. En efecto, dispuso la disposición en cita lo siguiente:

“ARTÍCULO 21. LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS Y CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL, JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA. Todos los contratos celebrados por la Comisión Nacional de Televisión para la atención de gastos de funcionamiento deberán ser terminados y liquidados por la Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación. Por Ministerio de la presente ley, las entidades públicas a las que se transfieren las funciones de la Comisión Nacional de Televisión la sustituirán en la posición contractual de los demás contratos, de acuerdo con la distribución de funciones que la presente ley ordena.

De la misma manera, las mencionadas entidades sustituirán a la Comisión Nacional de Televisión en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que esta participe en cualquier calidad.

Igualmente tales entidades públicas continuarán sin solución de continuidad, con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de la presente ley.

La Comisión Nacional de Televisión, en liquidación, coordinará con dichas entidades el cumplimiento de lo dispuesto en los incisos 2º, 3º y 4º de este artículo”.

2. Competencia

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, originados en contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han

conferido los artículos 128.5 CCA¹³ y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007¹⁴.

En este evento, se está en presencia del Contrato de Concesión No 136 de 1997, cuyo objeto es la operación y explotación del canal de televisión nacional de operación privada de cubrimiento nacional, el cual tiene naturaleza de contrato estatal, en los términos de la Ley 80 de 1993.

Igualmente la ley 1.107 de 2006, dispuso que esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad pública, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- una persona jurídica de derecho público, creada por la ley 182 de 1995¹⁵ con fundamento en lo normado en los artículos 76¹⁶ y 77¹⁷ del

¹³ARTÍCULO 128 C.C.A. Subrogado por el artículo 36 de la 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. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión”.

¹⁴ ARTÍCULO 22. Ley 1150 de 2007. DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así: “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 complementa.

“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”. (Negrillas fuera de texto).

¹⁵ ARTICULO 3º. NATURALEZA JURÍDICA, DENOMINACIÓN, DOMICILIO Y CONTROL POLÍTICO. El organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará: Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos.

El domicilio principal de la Comisión Nacional de Televisión será la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, pero por decisión de la Junta Directiva podrá establecer sedes en cualquier lugar del territorio nacional.

¹⁶ ARTÍCULO 76. Artículo derogado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2011. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

Constitución Política, la competencia queda asignada a esta jurisdicción¹⁸.

De las normas anteriores se tiene que, tanto en vigencia del artículo 72 de la ley 80 de 1993, como con el artículo últimamente citado, la competencia para conocer de este recurso se radica en cabeza de esta Sección.

3. El Recurso de anulación, su naturaleza y características.

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

- a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
- b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de

¹⁷ ARTÍCULO 77. Artículo derogado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2011. ARTÍCULO 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del Organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad.

¹⁸ Dispone esta norma que "Art. 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

"Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

defensa y del debido proceso.

- c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.
- d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.
- e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra¹⁹; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.²⁰
- f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994²¹.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto²², se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la administración pública.

4. Del recurso de anulación en el caso concreto

El laudo arbitral de 7 de noviembre de 2012 no será anulado, decisión que se

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024,

²² Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

fundamentará en el análisis de los cargos formulado por el recurrente y de la sustentación presentada en el término previsto por la ley²³, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

Ahora bien, conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, las causales de anulación del laudo arbitral son las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).”

En este caso la parte convocada interpuso el recurso de anulación invocando las causales contempladas en los numerales 6 y 8 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 y del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, por lo que la Sala hará el estudio de las referidas causales.

Efectuadas tales precisiones, se procede a revisar las causales invocadas, es decir:

²³ Escrito 22 de febrero de 2013. Fls. 489 a 568.C.ppal. del recurso.

4.1. Primera Causal. “6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”

El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos.

Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

En efecto: el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de estudio lo siguiente: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”²⁴.

Así mismo ha dicho la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. Fue así como en sentencia de 9 de agosto de 2001, dijo la Sala lo siguiente:

“Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido en

²⁴ Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Posición reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de 2001. Rad: 18411.

derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.

“Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido “en conciencia debiendo ser en derecho”²⁵.

La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para decir que “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”.

Es así como en sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38.621, proferida por esta Subsección, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refirió al tema tratado, del cual transcribimos los siguientes apartes:

“1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,²⁶ persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

²⁵ Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

²⁶ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley.

“(…)”

4. *El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”*

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.

De otro lado, debe advertirse desde ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

4.1. *En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento²⁷ para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”²⁸*

Hoy la ley²⁹ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

²⁷ Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

²⁸ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

²⁹ Ley 446 de 1998, artículo 111.

“(...)”

4.3. *La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura 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.*³⁰

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio³¹ o de las normas jurídicas,³² por la ausencia de razonamientos jurídicos³³ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.³⁴

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 de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”³⁵

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al

³⁰ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

³¹ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

³² Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

³³ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

³⁴ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

³⁵ Artículo 116 de la Constitución Política.

proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan³⁶ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.³⁷

Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en

³⁶ Artículo 116 de la Constitución Política.

³⁷ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

4.4. *Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal”.

La posición anterior es reiterada por esta misma Subsección, en las sentencias del 24 y 30 de marzo de 2011. Expedientes. 38.484 y 39.496 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “consolidando la perspectiva jurisprudencial sobre el tema”.

La misma Subsección en reciente pronunciamiento, proferido el 18 de enero de 2012, dentro del expediente 40.082, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, refiriéndose a la causal analizada, expuso lo siguiente:

“(...)”

“la Sala advierte que el recurrente no denuncia que el laudo, en su integridad, esté afectado del vicio al que se ha aludido, sino que una de sus decisiones de

condena – concretamente la económica-, no se fundamenta en pruebas que lo soporte, sino en el capricho del tribunal. Y no es para menos, toda vez que no cabe duda en que el laudo se profirió en derecho, porque a lo largo del mismo se evidencia la fundamentación en las normas que regulaban el tema, así como en el contrato – principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas”

“(…)”

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 el caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada.

Este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

Los reproches, por el contrario, suponen en realidad de verdad reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Basta simplemente leer los argumentos planteados por el recurrente, para concluir a todas luces que aquellos no tienen relación alguna –ni siquiera remota- con la causal invocada de haberse fallado el laudo en conciencia.

A contrario de lo expuesto por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral en un juicioso análisis de las pretensiones de la demanda, los hechos en que se fundamentan las mismas y

después de hacer un estudio ponderado y valorativo tanto del material probatorio allegado al expediente, como el marco jurídico vigente aplicable al caso que se analiza, adoptó su decisión luego de un análisis **en derecho** que implicó abordar entre otros los siguientes aspectos:

i) En la primera parte el Tribunal acomete el estudio los antecedentes del proceso y desarrollo del trámite. Luego en la segunda parte, el Tribunal encuentra debidamente establecidos los presupuestos procesales para proferir el Laudo arbitral y no observando circunstancia alguna que pudiera ser constitutiva de nulidad y retrotraer la actuación surtida, procede a estudiar el fondo del asunto, acometiendo el estudio de los hechos relevantes en que se fundan las pretensiones de la Demanda, “por bloques temáticos de cara a las Pretensiones sometidas al Tribunal”, así:

“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; y 7. Efectos concurrentes o acumulados.

A efectos de desatar las excepciones planteadas, el Tribunal acomete el estudio de las mismas, en un capítulo que denomina: “II. EL ENTENDIMIENTO DE LAS PRETENSIONES Y SU ARTICULACIÓN CON LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA” y afirma que “para precisar el alcance del trabajo encomendado al Tribunal es necesario identificar los problemas jurídicos que surgen de las Pretensiones y articularlos con las excepciones de mérito propuestas por la Convocada”; excepciones que son declaradas infundadas por el Tribunal.

Al contestar la demanda, la Convocada propuso la excepción que denominó “*Indebida integración del contradictorio por pasiva*”. Para sustentar dicha excepción, entiende que la Convocante pretende que el Tribunal “*realice unas declaraciones en contra de un sujeto de derecho que no se encuentra vinculado al presente trámite arbitral y que tampoco es parte del contrato de concesión y su prórroga*”. Según la Convocada, dicho sujeto es la sociedad ERNST & YOUNG AUDIT LTDA., que fungió como Auditor (“*tercero idóneo*”) en desarrollo de lo acordado por las partes con ocasión de la Prórroga del Contrato de Concesión.

Afirma igualmente la Convocada que las pretensiones Novena, Décima, Décima Primera y Décima Segunda Principales Específicas de la demanda de la Convocante se estructuran sobre un cálculo de la INPTV *“indebidamente realizado por el Auditor”, “declaración que no puede formularse”* sin la *“presencia procesal del Auditor, que fue fuente, a la vez -según la pretensión décima segunda principal específica- de un supuesto daño a la CNTV”*.

Sin embargo, el Tribunal al desatar la excepción la despacha negativamente, haciendo un análisis juicioso y ponderado de la misma, al considerar que en este caso no se estructura un litisconsorcio necesario en los términos del artículo 83 del C. de P.C., porque tal como se estipuló en el Contrato, el Auditor es un *“tercero idóneo”*, que no participó en el Contrato de Concesión ni en sus prórrogas y que tampoco concurrió a la celebración del mismo.

En consecuencia, el Tribunal estima que en razón de las relaciones jurídicas y de los actos jurídicos sometidos a su consideración así como del contenido mismo de las Pretensiones de la Demanda, es posible resolver de mérito las cuestiones sometidas por las partes a su decisión mediante Laudo arbitral válido y eficaz, sin que sea necesaria la vinculación al presente trámite del Auditor. Por consiguiente, declara que la excepción cuarta de la contestación de la demanda, denominada *“Indebida integración del contradictorio por pasiva”*, carece de fundamento.

Seguidamente continúa el Tribunal resolviendo y desatando todos y cada uno de los problemas jurídicos planteados en el trámite arbitral, lo cual hace con sapiencia, ponderación y cada uno de los temas puestos a su consideración los analiza a la luz de la legislación vigente, del material probatorio allegado al expediente, lo cual analiza aplicando las reglas de interpretación o de hermenéutica aplicables a cada tema ventilado.

Basta leer, la manera como acomete el Tribunal el estudio de la excepción planteada por la parte Convocada y que hacía referencia a la competencia del Tribunal para conocer acerca del enriquecimiento sin causa, que es uno de los temas que con más insistencia plantea el recurrente en el escrito en que sustenta el recurso extraordinario de anulación. .

Para desatar lo anterior, el Tribunal comienza planteándose el siguiente interrogante: ¿Es competente el Tribunal para conocer “un beneficio de índole

patrimonial para el Concesionario” con “un detrimento correlativo de la CNTV”, “sin causal legal alguna”?

No puede hablarse que el Tribunal en este caso profirió un fallo en conciencia, cuando para desatar ese interrogante, se remonta a la primera audiencia de trámite (Acta No. 5 del 10 de noviembre de 2011), cuando al estudiar “La materia sometida al arbitraje” (No. 4 de esa Acta), sentó la siguiente posición **“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”** (p. 13 ibídem).

Obsérvese como al ab initio, el Tribunal tenía claro cuáles eran los problemas jurídicos que debía analizar y hasta donde llegaba los límites de su competencia, y así lo precisa la parte Convocante, cuando al contestar los argumentos de la Convocada, precisa “que el Tribunal de Arbitramento no despachó favorablemente ninguna de las pretensiones de la convocatoria arbitral relativa al enriquecimiento sin causa”; aserto que encuentra correspondencia con la simple lectura que se haga del laudo arbitral. El Tribunal de Arbitramento, siempre estuvo consciente de sus atribuciones y desde un primer momento, fijó la posición referente a **“que todas las pretensiones de la Convocante tienen raigambre contractual”**, posición que mantiene a lo largo del todo el proceso, porque al desatar la citada excepción, ratifica lo dicho en la primera audiencia de trámite y de manera contundente, confirma su competencia para desestimar las pretensiones cuestionadas bajo esta Excepción, al señalar que todo lo que solicita 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...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”*, tienen raigambre contractual, hacen 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”.

Es decir, concluye el Tribunal que en este caso no avoca un caso arduo de inexistencia del contrato estatal, o por obligaciones convenidas o causadas fuera de un contrato estatal pero conexas al mismo, lo que le allana el camino para considerar que todo lo articulado en las Pretensiones de la Convocante son de naturaleza contractual, sin que el planteamiento anfibológico de la Demanda tenga virtud para desestimar lo que el Tribunal encuentra que es expreso y verosímil”.

En consecuencia, el Tribunal confirma su competencia para conocer las pretensiones subsidiarias a que acaba de hacer referencia, en el supuesto a que ello hubiere lugar, y declara improcedente la citada excepción de mérito.

A continuación se adentra el Tribunal a estudiar el fondo del asunto, y comienza en el capítulo IV., analizando uno de los temas relevantes en este caso como lo era **“el precio en esta controversia”**.

Argumenta el Tribunal que, el precio tiene en esta controversia una importancia evidente, aspecto este que fue resaltado por el Tribunal en la primera Audiencia de Trámite cuando precisó *“que todas las pretensiones...gravitan en torno al precio de la prórroga del contrato”* (No. 4 del Acta correspondiente. Negrillas fuera del texto).

Dice el Tribunal que al proferir el laudo llega a la misma conclusión por la lectura de los hechos de la demanda y por el tenor literal de la primera pretensión principal que plantea declarar *“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 el 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”*, pretensión que da lugar a la Cuestión Jurídica No. 1, orientada a precisar si aquella *“Cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión”* es, realmente, la única fuente normativa para fijar el valor de la Prórroga de la Concesión.

El análisis, estudio de los hechos y de las pretensiones de la demanda, conducen al Tribunal a precisar *“que este elemento del Contrato, el precio, es el hilo conductor del laudo que se profiere”*. Y es por ésta razón como el Tribunal acomete *“una serie de consideraciones previas, útiles para lo que corresponde*

decidir sobre los reajustes, revisiones, en fin modificaciones, que pretende la Convocante respecto del precio del Contrato de Concesión No. 136 del 22 de diciembre de 1997 y la prórroga que obra en el Otrosí No. 4 del contrato inicial, que contiene el Texto Integrado de este negocio jurídico, modificado en el Otrosí No. 1 al Otrosí No. 4”.

Que en el caso objeto de estudio el intérprete encuentra que la ley faculta a la autoridad correspondiente para fijar el precio³⁸ sin importar, para lo que interesa en este orden de ideas, si ese precio fue el resultado de una subasta o puja de los interesados, o el producto de una decisión unilateral de la concedente, en cualquier caso bajo los estándares de razonabilidad, utilidad y dentro de los principios bien conocidos de la contratación estatal.

Que en la Prórroga de este Contrato, a pesar de estar en pie la facultad referida, la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, acudió a otros “medios e indicaciones” (art. 1864 del C. C.) para fijar el precio, con un grado apreciable de injerencia del Concesionario, circunstancia evidente en la preceptiva de la Cláusula Séptima del texto contractual en donde quedó consignado el tema que nos ocupa³⁹ y, de manera especial, en el *iter* que tuvo la estructuración de este precio, primero a partir del trabajo de dos Bancas de Inversión, después como resultado del *fairness opinion* del experto Alberto Carrasquilla, y luego con el impacto del trabajo de un “tercero idóneo”, el Auditor, encargado de verificar un elemento determinante del Precio Final (PF).

A continuación analiza el Tribunal lo que denomina “Los elementos de la estructuración del precio en este caso: “un modelo de valoración” y “unos supuestos de mercado”. Afirma que en el contrato las partes declararon “*que el valor de la presente prórroga ha sido determinado con base en el resultado de la aplicación de un modelo de valoración sobre unos supuestos de mercado*” (Cláusula Séptima, Parágrafo Tercero), asunto bien verificado en el plenario, que parte de los estudios de dos Bancas de Inversión⁴⁰ a las que luego de haber

³⁸ La Ley 182 de 1995 así lo dispone en su artículo 5º (“Funciones de la Comisión Nacional de Televisión”) literal g, y en el artículo 12 (“Funciones de la Junta Directiva”), literal b, por ejemplo. Naturalmente, esta misma Ley determina que el precio de la concesión es independiente del “que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio” (artículo 48, literal c).

³⁹ Transcrita in integrum en el Hecho 22 de la demanda (“CLÁUSULA SÉPTIMA. VALOR DE LA PRÓRROGA”, ps. 30 a 35 de ese libelo).

⁴⁰ Ellas fueron, (i) la UNION TEMPORAL VALORACIÓN CONCESIÓN TV ABIERTA y, (ii) la UNIÓN TEMPORAL CORREVAL – CGI.

entregado sus respectivos trabajos hechos de manera independiente por cada una de ellas, se les ordenó un Informe Final Conjunto⁴¹ que al no haber resultado completamente satisfactorio dio lugar, no a otro estudio sino a lo que se denominó -y así en la instrucción de este arbitraje- como un *fairnessopinion*⁴², trabajo que se le encomendó al economista Alberto Carrasquilla, quien utilizando el trabajo de las dos Bancas de Inversión ya mencionadas y sin necesidad de modificar la conformación básica del “*modelo de valoración*” hizo una reconsideración de los “*supuestos de mercado*” -y de la metodología- para modificar algunos de ellos, lo que dio como resultado unos nuevos parámetros para fijar el precio de la prórroga de la concesión.

Dice el Tribunal que la Convocante confiesa que “*Como consecuencia del proceso de negociación surtido entre el Concesionario y la CNTV, estos acordaron que la fórmula de valoración de la Prórroga correspondería a aquella propuesta por Alberto Carrasquilla en su informe...*” (Hecho 23 de la demanda), **lo que no deja duda sobre la apelación a otros medios e indicaciones para conformar este precio**, -resalta la Sala - así como sobre la injerencia que tuvo el Concesionario en su estructuración y sobre el hecho incuestionable de que la CNTV combinó la facultad que tenía de fijar ese precio de manera unilateral con lo que le permite el artículo 1864 del C. C., esto es, con otros “*medios e indicaciones que lo fijen*”, incluida la apelación a un “*tercero idóneo*” encargado de verificar unos determinados supuestos de mercado.

Se refiere luego el Tribunal a la **conformación del precio dentro del contrato de concesión**. Para tal efecto hace el análisis de la cláusula séptima del citado contrato, diciendo que el precio tenía que cubrir el término de la Prórroga, esto es, diez (10) años.

Que la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, estableció un Precio Base (PB) de ciento ochenta y siete mil ciento ochenta y cuatro millones de pesos (\$187.184.000.000) que el Concesionario debía pagar como “*cantidad inicial*”. Uno de los elementos del precio era un “*supuesto de mercado*” constituido por la “*Inversión Neta en Publicidad en Televisión Abierta, Nacional, Regional y Local*

⁴¹ Este Informe Final Conjunto (Informe Número Tres) es del 2 de diciembre de 2008.

⁴²Fairnessopinion. “Es la opinión de un financiero o de un asesor respecto de que una determinada transacción se encuentra dentro de un rango de valores que se acompañan con las reglas financieras”. Steven M. Davidoff, Fairness Opinions, American University, Law Review, Vol 55.

(INPTV)" (primer párrafo de la Cláusula Séptima), que ante la imposibilidad de precisarla para todo el plazo de la prórroga, se optó por un mecanismo prolijamente previsto en la Cláusula Séptima que, en resumen, comprendía:

- (i) Se mediría y tomaría como indicativo de ese *"supuesto de mercado"* el comportamiento real de la INPTV durante los años 2009 y 2010 y su resultado constituiría el denominado Valor de Ajuste (VDA) que se introduciría al Precio Base (PB) ya indicado.
- (ii) Para verificar o medir esas INPTV durante esos dos años se acordó la intervención de un *"tercero idóneo"*, el Auditor, a quien se le señalaron unas pautas para adelantar su trabajo, sobre las que disputan las partes y de cuya definición depende que la INPTV establecida pueda resultar modificada por vía de este arbitraje y, además, se previó que sería *"escogido de común acuerdo por LA COMISIÓN y EL CONCESIONARIO, y contratado por este último...(y) los honorarios... cubiertos por las partes en sumas iguales"* (Cláusula Séptima, ordinal 9°).
- (iii) En los párrafos 7°, 8° y 10° de la Cláusula Séptima del texto de la Prórroga se encuentra la preceptiva para que la CNTV ajustara y estableciera el Precio Final (Precio Base modificado con el Valor de Ajuste) con la consideración de la INPTV verificada por el Auditor para los años 2009 y 2010 (la sumatoria de sus valores, a voces del inciso final del 6° ordinal de la Cláusula Séptima del texto de la Prórroga).

Como lo anotó el Tribunal, para los efectos anteriores se utilizó una Tabla rotulada en la columna de la izquierda *"Rangos Pauta Final (Precios Constantes 31 de diciembre de 2008)"* y *"Precio Final"* en la columna de la derecha, de cuya interacción resultaría el Precio Final. El diseño y propuesta de esta tabla venía del trabajo de las dos Bancas de Inversión originalmente consultadas por la CNTV, estructura que mantuvo y ajustó el experto Carrasquilla en su *fairness opinion* (ps. 30 y 31 de la transcripción de su declaración, folios 170 y 171 y CD que obra a folio 298 del Cuaderno de Pruebas No. 16).

El Tribunal llega a la conclusión de que la determinación del precio de la Prórroga que nos ocupa correspondía a la Comisión Nacional de Televisión, CNTV (Ley 182 de 1995), y que para esos efectos podía servirse, como en efecto lo hizo, de la facultad que le otorgaba el Código Civil de acudir a *“cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen”* (art. 1864), y en ejercicio de esta facultad desplegó una evidente interacción con el Concesionario y defirió a un *“tercero idóneo”* la verificación de un determinado elemento económico de ese precio.

Por lo antes expuesto, el Tribunal despacha favorablemente la primera pretensión principal, aclarando que esa Cláusula Séptima del texto de la Prórroga del Contrato de Concesión si bien es la fuente básica del estudio de la manera como se conformó el precio, no es la única fuente normativa para determinar el precio en este caso.

Seguidamente el Tribunal hace el estudio de *“el pretendido rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato”*, analizando si respecto del Contrato de Concesión que las partes celebraron y cuya duración prorrogaron por diez (10) años más, a partir del 11 de enero de 2009, era procedente declarar que ocurrieron hechos que impidieron la adjudicación y entrada del tercer canal, *“de manera que la citada prórroga se ha ejecutado en circunstancias diferentes y extraordinarias que implicaron una mayor onerosidad para el concedente”* y si, por el acaecimiento de tales fenómenos, se rompió la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de suscribir la prórroga del contrato. Para tal efecto, considera el Tribunal que debe volver *“sobre el meollo de esta controversia, el precio, y razonar a partir de la Pretensión Primera Principal General que tendrá prosperidad bajo las consideraciones sentadas por el Tribunal, esto es, que si bien “la Cláusula 7 del texto integrado del Contrato de Concesión” regula el valor de la Prórroga que nos ocupa, esa no es la única fuente normativa que debe tomar en cuenta el Tribunal para estudiar y despachar todas las vicisitudes de la determinación del precio expresamente articuladas en las Pretensiones de la Demanda, puesto que es necesario acudir a otras fuentes de derecho, especialmente el Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993) y normas complementarias, que deben aplicarse con prelación o preferencia, muchas de ellas de carácter taxativo y en las que están comprendidos principios fundamentales de la contratación estatal.*

El Tribunal luego de estudiar las posiciones adoptadas tanto por la parte convocante, como convocada sobre el tema que se ventila, afirma que en el Otrosí N° 4, tantas veces referido, se acordó la Prórroga del Contrato de Concesión a partir del 11 de enero de 2009. En ese mismo texto las partes convinieron manifestar, en relación con la cláusula Séptima, que “*se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato*”. De los Hechos y Pretensiones formulados en la demanda, infiere el Tribunal que la reclamación de la Convocante en este proceso se hace en ejercicio del derecho que la ley le concede y que las partes recogieron en la estipulación transcrita, prerrogativa legal confirmada en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que el Tribunal 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 4º, numerales 3º y 8º; 5º, numeral 1º; 13, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2º parágrafo 3º 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, según el cual “*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.*”

Continúa diciendo el Tribunal que amén de los preceptos legales referidos en precedencia, las referidas declaraciones se tomarán teniendo en cuenta los hechos de la demanda en los cuales la Convocante fundamenta dichas Pretensiones, así como las inferencias probatorias que el Tribunal hace y que dicha parte concretó en sus alegaciones finales, que se refieren de modo principal al rompimiento del equilibrio económico, toda vez que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron circunstancias 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, como quedó determinado en otros apartes del laudo arbitral, fue considerado por las partes para determinar el valor final de la Prórroga.

Que en consecuencia, la citada Prórroga se ha ejecutado en circunstancias diferentes a las que fueron acordadas al momento de convenirse, lo que tiene como efecto principal que la Convocante ha percibido por dicha prórroga un valor menor al que le correspondía en caso de que se hubiera ejecutado bajo las condiciones originalmente convenidas. En ese orden de ideas, los hechos que ocurren durante la ejecución de un contrato estatal y que producen un desequilibrio económico del mismo deben examinarse bajo la perspectiva del concepto de la igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones, o principio de la ecuación contractual, pues de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 es una materia particularmente regulada en ella, así como en el artículo 2º párrafo 3º de la Ley 680 de 2001, que dispone que *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”*, principio cuya especialidad hace que su aplicación resulte imperativa en el presente asunto.

En suma, el Tribunal encuentra que los fundamentos legales descritos, amén de reiterada jurisprudencia, integran el marco jurídico con arreglo al cual se debe salvaguardar el equilibrio económico del presente contrato y restablecer la igualdad o equivalencia entre las prestaciones y derechos que en él se originan.

Acomete el Tribunal el estudio de lo que denomina “la ecuación contractual”, diciendo que, la Ley 80 de 1993 prescribe en su artículo 27: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según sea 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.”

Que de igual manera, la doctrina nacional y extranjera, en forma pacífica y unánime, se refiere a la ecuación económico financiera como una equivalencia entre prestaciones y contraprestaciones del contrato celebrado con una entidad estatal. Por tanto, la ecuación contractual consiste en que una parte asume que lo que da, hace o no hace es equivalente, igual o proporcional a lo que recibe de la otra parte en el contrato. No se trata de una igualdad matemática exacta, sino de una equivalencia entre derechos y obligaciones emanados del contrato.

Por la razón anterior y en concordancia con el análisis que se hace en este Laudo sobre el precio, en los contratos que celebre la Administración Pública el precio debe ser determinado, preciso, cierto, por la especial relevancia que él tiene dentro del principio de la ecuación económica del contrato o equivalencia de las prestaciones recíprocas.

El Tribunal luego hace referencia al artículo 27 de la Ley 80 de 1993, diciendo que consagra la siguiente regla: *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”*, la que, además de ser preceptiva para las partes, constituye una regla de interpretación imperativa para el juez. Dicha norma agrega que si esa *“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.

Bajo esta misma línea de reflexión, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al señalar los fines de la contratación estatal, indica que las entidades estatales buscan el cumplimiento de los cometidos estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de sus fines, y correlativamente estatuye que los particulares, además de colaborar con el logro de sus fines, cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Seguidamente el Tribunal analiza el **“rompimiento de la ecuación contractual”**, afirmando que ésta puede romperse por diversas causas que la Ley no enumera en forma taxativa, pero para que el restablecimiento

proceda exige que la causa de dicho rompimiento no sea imputable a quien resulte afectado. Del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se infiere que los hechos causantes de la ruptura deben ocurrir durante el desarrollo o ejecución del contrato, por cuanto ellos alteran la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar.

Es así como el artículo 4º de la Ley 80 de 1993 (*“Derechos y deberes de las entidades estatales”*) prescribe en el numeral 3º como causa para que una entidad estatal solicite la actualización o la revisión de los precios, *“cuando se produzcan **fenómenos** que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”*.

Que ocurrido el rompimiento del equilibrio económico del contrato, surge la necesidad de restablecerlo y de reajustar la ecuación financiera convenida por las partes. Afirma el Tribunal que analizadas con rigor las Pretensiones de la Demanda y las alegaciones de la Convocante, se deduce que aquellas se articulan sobre la base de un rompimiento del equilibrio entre las prestaciones y derechos de las partes por la ocurrencia de eventos que alteraron las condiciones que ellas tuvieron en cuenta al convenir la Prórroga y, como consecuencia, en la necesidad de restablecer dicho equilibrio, en acatamiento de los postulados fundamentales que informan la Contratación Estatal.

Seguidamente, entra a estudiar lo que denomina **“manifestaciones” relevantes de las partes**, en lo que toca al rompimiento del equilibrio económico del contrato. Inicia su análisis diciendo que, el Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada ha reconocido que el *“principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato,..., desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado.”*⁴³. *“...es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no...”*.

Dice que en este caso **“el contexto de mercado”** quedó definido en la cláusula Cuadragésima Octava del Contrato, así: *“Por medio del presente*

⁴³ Sentencia de mayo 9 de 1996 la Sección Tercera del Consejo de Estado Expediente No. 10151.

contrato y de acuerdo con los estudios realizados por LA COMISIÓN, ésta otorga a favor de EL CONCESIONARIO una prórroga para la operación y explotación de un canal de televisión privada de cubrimiento nacional con la participación de dos operadores incumbentes y un nuevo operador a partir del 1 de julio de 2010”.

Por lo que si se aplica lo ordenado por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en la interpretación de la anterior cláusula, el Tribunal debe preservar el referido equilibrio entre prestaciones y derechos y adoptar las decisiones que resulten pertinentes para respetar el contexto de mercado convenido por las partes o, en su defecto, para restablecer el equilibrio pactado en el evento en que las circunstancias estipuladas por las partes no se verifiquen.

Afirma el Tribunal que la manifestación bajo examen se pactó cuando ya se tenía previsto el contexto de mercado, como lo expresa la cláusula Cuadragésima Octava. Se había adoptado un modelo de valoración del precio con base en la INPTV, elaborado por dos Bancas de Inversión y ajustado por un experto (*fairness opinion*); se había establecido la valoración tanto del precio base para la Prórroga a los Concesionarios de los Contratos Nos.136 y 140, así como el precio para la licencia que se otorgaría al tercer canal, que debía entrar en operación a partir del 1° de julio de 2010. El mismo modelo permitía, igualmente, determinar el Valor de Ajuste (VDA) para establecer el Precio Final, sustentado en los informes de las dos bancas de inversión y en el trabajo del asesor Alberto Carrasquilla y verificar el valor de la INPTV real por parte del Auditor.

El Tribunal afirma que para entender por qué se introdujo en el Otrosí la manifestación atrás mencionada, el Tribunal acude al testimonio rendido por el Asesor de la CNTV, abogado Carlos Gustavo Arrieta, transcribiendo apartes del mismo, y concluye diciendo que el testimonio anterior, demuestra que la cláusula contenida bajo el título “*MANIFESTACIÓN*” tenía una motivación clara: referirse a que el precio fue acordado en el contexto de mercado de tres canales. Esto porque la inclusión de la mencionada “*MANIFESTACIÓN*”, a continuación de lo acordado sobre el precio de la Prórroga, significa que se refiere a dicho valor, pues no tendría sentido que su razón fuera referirse simplemente al contexto de mercado, cuando sobre este aspecto se ocupa la cláusula Cuadragésima Octava del Contrato.

Luego resulta verosímil que el interés de la CNTV, al hacer esa manifestación, era que si ese tercer canal no entraba en operación, se produciría una afectación del precio de la Prórroga, como atrás se indicó. Al negociar la Prórroga del Contrato de Concesión por diez años más, contados a partir del 11 de enero de 2009, las partes tuvieron en cuenta que el valor a pagar por esa Prórroga se estimaría en consideración a la concurrencia de un tercer canal, a partir del 1º de julio de 2010. Asero que se confirma si se observa que las Bancas de Inversión (dos) en su Informe Final y el Asesor de la CNTV Alberto Carrasquilla, propusieron un esquema de precio que, en este punto concreto, consideraba los efectos de la entrada de ese tercer canal sin tomar en cuenta si contractualmente estaba previsto que no existiría ese tercer canal. Además, en sus estimaciones y ejercicios, el perito parte de este presupuesto como algo inherente al modelo o programa que adoptó la CNTV para estructurar el precio, en cuanto responsable de la fijación de ese elemento del Contrato (Prórroga).

Finalmente, el Tribunal analiza lo dicho por el experto Alberto Carrasquilla, Asesor de la CNTV, acerca del peso o importancia que tenía la entrada en operación de un tercer canal de televisión en la conformación del precio que nos ocupa, y procede a transcribir apartes de la citada declaración.

De esta manera concluye el Tribunal diciendo que establecidas las consideraciones que anteceden es dable concluir que las condiciones originales en las que se celebró la Prórroga del Contrato sufrieron una alteración y que el restablecimiento del equilibrio económico del negocio jurídico resulta procedente en los términos del marco jurídico trazado en precedencia.

A continuación el Tribunal transcribe apartes del artículo 868 del Código de Comercio, y que de conformidad con él, en las circunstancias enumeradas se requiere una *“prestación de futuro cumplimiento”* a cargo de una de las partes. Es esa la prestación que debe alterarse o agravarse, de manera que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso.

Para el Tribunal es claro que este Contrato y su Prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijados 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,

ni 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 del Contrato varias veces citada y transcrita.

A renglón seguido, entra el Tribunal a verificar los hechos y los elementos que a su juicio ocasionaron el rompimiento de la ecuación contractual, en el caso debatido. Es así como en primer término se adentra en el estudio de: “**a) El Contrato Celebrado y su Prórroga.** Dice que el primer requisito para invocar el rompimiento del equilibrio es la existencia de un contrato entre las partes Convocante y Convocada. Que en este caso, el Contrato sobre el que versan las Pretensiones de la Demanda es un Contrato de Concesión que ha sido modificado mediante sucesivos Otrosíes, el último de ellos corresponde a la Prórroga de su término de duración por diez (10) años más, a partir del 11 de enero de 2009. Dicho Contrato y sus Otrosíes están plenamente probados, pues en documentos auténticos fueron presentados con la demanda, pedidos y decretados como prueba.

Por tanto, no cabe duda de que está probada la existencia del Contrato de Concesión y de su Prórroga y que el mismo cumple los requisitos exigidos para su sujeción al principio de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones o ecuación contractual, pues es de naturaleza estatal (en los términos de la Ley 80 de 1993), bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto o ejecución sucesiva.

Afirma el Tribunal que durante la ejecución del Contrato se produjeron “*fenómenos*” que alteraron en contra de la entidad estatal - CNTV – el equilibrio económico o financiero del Contrato.

Que una de las acepciones que la Real Academia Española⁴⁴ asigna al vocablo *fenómeno* es la de “2. Cosa extraordinaria y sorprendente”; de esta manera califica la demanda la no entrada en operación de un tercer canal de televisión nacional abierta, a partir del 1º de julio de 2010.

La forma para lograr la entrada en operación del tercer canal era adelantar por parte de la CNTV el procedimiento de licitación correspondiente, ceñido a las exigencias legales y en particular al principio de economía establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Esta norma le imponía elaborar “*con la debida*

⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. 21 edición. Madrid. Espasa Calpe, 2001.

antelación a la apertura del procedimiento de selección” los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

Que el 22 de abril de 2009, la CNTV publicó un proyecto de pliego de condiciones de la licitación para operar y explotar un tercer canal de televisión privada de cobertura nacional, al cual los interesados y terceros formularon observaciones que fueron debidamente estudiadas y respondidas.

Con motivo de las observaciones y los comentarios de la Procuraduría General de la Nación sobre el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el 27 de agosto de 2009 la Ministra de Tecnologías de la Información y de Telecomunicaciones, sustentada en lo dispuesto en los artículos 98 numeral 1 del Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente en 2009) y 115 de la Constitución Política, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *“su concepto sobre la inhabilidad de los actuales concesionarios de licencias de televisión para participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión privada, así como sobre la necesidad de que tal adjudicación sea hecha por subasta”*. El 5 de octubre de 2009 se resolvió la consulta y en el texto de la misma se da cuenta de varios documentos que la Procuraduría General de la Nación y el apoderado de los canales nacionales de operación privada RCN Televisión S. A. y CARACOL Televisión S. A. enviaron directamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Después de varias diligencias y actuaciones desarrolladas por la CNTV, que los apoderados de las partes Convocante y Convocada describen minuciosamente en sus Alegatos de Conclusión (audiencia de asignación y revisión de riesgos, aclaraciones al pliego de condiciones, modificación del cronograma de la licitación, estudio y respuesta a solicitudes de varios de los interesados, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, modificación del precio, conocimiento del Concepto 1966 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado), el 7 de enero de 2010 la CNTV en respuesta a una solicitud de la Procuraduría General de la Nación revocó la apertura de la licitación pública 001 de 2009.

El Tribunal observa que la Ley 1341 de 2009 fue expedida con fecha 30 de julio de 2009 y promulgada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009, esto es noventa y nueve (99) días después de publicado el proyecto de pliego de la

licitación. La respuesta del Consejo de Estado, en relación con esta ley, solo precisó: *“La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudir a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995”*⁴⁵.

Lo anotado antes incidió en la preparación de los pliegos de condiciones porque estos se elaboraron antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009 y de la consulta al Consejo de Estado efectuada por la Ministra de Tecnologías de la Información y de Telecomunicaciones. Por eso fue necesario introducir varias modificaciones al proyecto de pliego, mientras se avanzaba en el conocimiento, comprensión y cabal interpretación de la mencionada ley. En ese lapso se produjeron las decisiones de PACSA S. A. de retirarse del proceso de licitación y de Inversiones Rendiles S. A. de no presentar oferta, con lo cual se disminuyó el número de interesados y consecuentemente de eventuales proponentes, hechos que condujeron finalmente a revocar la Resolución de apertura de la licitación, en atención a la petición de la Procuraduría General de la Nación. Esta determinación no fue entonces una decisión voluntaria o caprichosa de la CNTV, sino adoptada en acatamiento de los argumentos jurídicos formulados por el Ministerio Público, en ejercicio de las funciones que le otorga la Constitución Política.

El 16 de abril de 2010 se publicó un proyecto de pliego de condiciones; se presentaron observaciones por parte de los interesados; se profirió el 7 de mayo de 2010 la Resolución 481 ordenando la apertura de la licitación; el 10 de mayo de 2010 se celebró la audiencia de asignación de riesgos; se expidió la Adenda 001 al pliego de condiciones; se realizó una nueva audiencia de asignación de riesgos; se dejaron sin efecto algunas actuaciones y se repitieron las audiencias de asignación de riesgos; se reveló una ampliación del concepto del Consejo de Estado y, por último, se cerró la licitación con una sola propuesta presentada por el *“Canal 3 Televisión de Colombia S.A.”*

El 19 de julio de 2010 la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió una demanda de nulidad contra la Resolución que ordenó la apertura de la licitación

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No 1966 de octubre 5 de 2009. Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00.

pública 002 de 2010 y contra el numeral 4.11 del pliego de condiciones y dispuso, como se le había pedido, la suspensión provisional de ese acto administrativo lo que determinó, obviamente, la suspensión del procedimiento de la licitación. Finalmente, el 14 de febrero de 2012 el Consejo de Estado dictó sentencia que dispuso: i) Inhibirse de declarar la nulidad de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 de apertura del proceso de licitación No. 002 de 2010 y, ii) declarar la nulidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la mencionada licitación. Dicha sentencia se adoptó por mayoría, con siete salvamentos de voto, un salvamento parcial y aclaración de voto, y una aclaración de voto.

Termina el Tribunal diciendo que 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 de 1º de julio 2010.

Que el tercer canal no entró en operación es un hecho que, además de evidente y público, está probado en el plenario, con las distintas pruebas existentes en el plenario como lo son el testimonio de la señora Luz Elena Rodríguez Parra (Contadora, prestó servicios a Ernst & Young); con la decisión del Consejo de Estado que suspendió provisionalmente el acto administrativo de apertura de la licitación 002 de 2010 y posteriormente declaró nulo el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la misma.

De lo anterior se concluye que no entró en operación el tercer canal por recomendación de la Procuraduría General de la Nación y decisiones judiciales que no fueron previstas en el Contrato que revisten el carácter de extraordinarias como se analizará más adelante al estudiar que la causa de los fenómenos que se presentaron no es imputable a la Comisión Nacional de Televisión.

Afirma el Tribunal que las decisiones judiciales que impidieron la adjudicación del tercer canal y consecuentemente su entrada en operación y explotación a partir de julio 1º de 2010, sí son hechos extraordinarios que se constituyeron en la

causa de la no adjudicación, porque no se pudo concluir el procedimiento de licitación. No fue el mero transcurso del tiempo a partir de julio 1º de 2010, lo que determinó la no entrada en operación del tercer canal.

Que al no entrar el tercer canal en operación, los dos (2) canales que obtuvieron la Prórroga de su Contrato de Concesión por diez años más, a partir de enero 9 de 2009, siguieron operando y explotando la televisión privada de cobertura nacional pagando por tal Concesión un precio que se fijó con base en tres operadores y no en dos como finalmente ha ocurrido y, por consiguiente, el precio que recibió la CNTV como contraprestación por la concesión de la licencia de operación y explotación de un canal de televisión nacional privada abierta, no es igual o equivalente a eso que dio, pues como resultado de la valoración del precio lo que esperaba recibir de los dos canales incumbentes fue previsto en un contexto de mercado en el cual intervendrían tres canales, los dos Concesionarios actuales y un tercer canal y bajo ese escenario se realizó la valoración del precio. Entonces los Concesionarios han ejecutado la prórroga pagando cada uno un precio menor al que corresponde a los presupuestos económicos y al contexto de mercado dentro de los que fue estructurado el precio originalmente acordado.

Seguidamente el Tribunal concluye que **“Los fenómenos o eventos que originaron el desequilibrio ocurrieron durante la vigencia y ejecución del contrato”**. Para llegar a esa conclusión el Tribunal dice que teniendo en cuenta las fechas del Contrato y de su Prórroga, se tiene que dentro de la vigencia del mismo se produjeron los fenómenos que rompieron la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones. En efecto, la Prórroga del Contrato de Concesión se inició el 9 de enero de 2009 y la fecha cierta de no entrada en operación del tercer canal es a partir del 1º de julio de 2010, esto es durante la vigencia de la referida Prórroga. Igualmente, durante la vigencia de esa Prórroga se proferieron la recomendación de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la licitación 001 de 2009, y las decisiones del Consejo de Estado respecto de la licitación 002 de 2010. Los fenómenos ocurridos fueron “exógenos a las partes del negocio” y sus causas no son imputables a la Comisión Nacional de Televisión, CNTV.

Como quedó establecido, la causa del rompimiento de la ecuación contractual fue la no entrada en operación del tercer canal, porque la Procuraduría General de la Nación pidió que se revocara la primera licitación y posteriormente el Consejo de

Estado inicialmente suspendió el procedimiento de la licitación 002 de 2010 y después anuló el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación.

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, 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 la 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. La supuesta conducta culposa de la Comisión porque no adelantó el procedimiento de licitación para la adjudicación de un tercer canal oportunamente, antes o a partir de julio 1º de 2010, no encuentra respaldo probatorio. 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. A continuación el Tribunal relaciona las pruebas sobre las cuales sustenta su decisión y con base en ellas, precisa que en este arbitraje se ha probado plenamente que no fue la conducta de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV, ni por acción, ni por omisión, la causa de la no entrada en operación, en una fecha prevista contractualmente, de un tercer canal nacional de televisión abierta. De igual modo resultó acreditado en el proceso que los Concesionarios intervinieron en los procedimientos de selección del tercer canal de manera activa y su participación fue uno de los elementos que influyeron en la no adjudicación de dichos certámenes.

Seguidamente el Tribunal acomete el estudio del "**monto del desequilibrio y el restablecimiento del contrato**". Para tal efecto comienza diciendo que la CNTV, tiene derecho a que se le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del mismo a un punto de no pérdida por la ocurrencia de los fenómenos que fueron expuestos. Bajo este entendimiento se establecerá el monto del restablecimiento del desequilibrio con las siguientes consideraciones.

Empieza el Tribunal haciendo el estudio del cuestionario que formuló la Convocante al perito, el cual contiene un grupo de preguntas dirigidas a reflejar los efectos de la no entrada del tercer canal y con esta referencia, señala que

existe en el plenario una herramienta que le permitirá estructurar el valor que corresponde al restablecimiento que debe hacerse. 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 se 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 1° 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 1° 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. 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 1° de julio del 2010, y teniendo en consideración que para la fecha de este Laudo no ha entrado en operación.

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 1° de julio de 2010, asumiendo que ese canal entraría en operación el 1° de enero de 2012, lo que arrojó la suma en pesos de 2008 de \$ 17.858 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 1° de enero de 2012 y 31 de diciembre de 2012). 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. 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 \$ 32.362.739.667, que será el monto del restablecimiento de la ecuación contractual que decretará el Tribunal.

Para la actualización anterior, el Tribunal ha desestimado la consideración de intereses comerciales solicitada en la Demanda (Pretensión Décima Tercera Principal Específica) porque como quiera que estamos frente al restablecimiento de una igualdad o equivalencia económica, el Índice de Precios al Consumidor (inflación) interpreta, de manera más adecuada, la naturaleza del resarcimiento que debe decretarse. Como ya lo dejó sentado el Tribunal, los anteriores valores fueron obtenidos a partir de la tabla y la metodología previstas contractualmente, con apego al modelo original de valoración de la Prórroga, tal y como procedió el perito al efectuar una estimación similar por iniciativa de la Convocante, que obra en su experticia como respuestas a las preguntas 41 a 52 del cuestionario que se le sometió.

Afirma el Tribunal que la anterior conclusión coincide con lo expuesto por el Ministerio Público en la página 110 de su concepto, en donde indica: *“En cuanto a la fórmula que se debe adoptar para restablecer el equilibrio económico del contrato consideramos que debe ser con base en la tabla contemplada en la cláusula séptima de las prórrogas de los contratos (sic) de concesión y así de esta manera obtener el precio final de las mismas reexpresado con la no entrada del tercer canal, de acuerdo al ejercicio que realizó el perito al responder las preguntas formuladas por la parte convocante de los numero (sic) 49 a 52, y...”*

En consecuencia, el Tribunal declaró la prosperidad de las pretensiones principales generales segunda, tercera y cuarta, esto es que la no *“entrada en operación a partir del 1° de julio de 2010 de un tercer canal privado de televisión abierta nacional”* es causa del rompimiento *“de la ecuación económico-financiera del Contrato”* y que procede restablecer su equilibrio de conformidad con las disposiciones legales pertinentes -ratificadas por las partes en el texto contractual- así como de los conocidos postulados trazados por la jurisprudencia de la Contratación Estatal, en la cuantía que ha establecido el Tribunal.

A renglón seguido el Tribunal estudia las pretensiones que tienen vinculación con la INPTV (Inversión neta en publicidad nacional en televisión abierta). Dice que **“EL PRIMERO y SEGUNDO GRUPOS DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS y sus correspondientes SUBSIDIARIAS, se relacionan con diversos hechos que habrían afectado la correcta o real verificación de la INVERSIÓN NETA EN PUBLICIDAD NACIONAL EN TELEVISIÓN ABIERTA, INPTV, que a términos de la Cláusula 7 de la Prórroga del Contrato (Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 136 de 1997), era un elemento determinante del precio final de la Prórroga contractual que nos ocupa.**

Sostiene la Convocante que el cálculo de este *“supuesto de mercado”* (calificación del Tribunal) debía hacerse *“en función del comportamiento real observado”* (Cláusula 7 de la prórroga) en un período determinado (2009 y 2010, *“período tipo”*), y que esa verificación fue distorsionada por diversos hechos que el Tribunal pasa a estudiar, y debe el Tribunal revisar, a la luz del aforo probatorio, si tales afirmaciones han resultado probadas y, aun así, si tienen mérito o fundamento en derecho para que se decrete lo que pide la Convocante, esto es, para reconsiderar el precio pagado por la Convocada. Así:

1. La Convocada faltó a la buena fe al incurrir en actos *“que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV”*.

El título anterior resume la pretensión declarativa básica del primer grupo de pretensiones principales específicas (Quinta, Sexta, Séptima y Octava), fundadas, como lo indica su texto en *“que el Concesionario faltó al deber de la buena fe contractual en la ejecución del contrato al incurrir en actos... que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV”*, todo ello, *“en función del comportamiento real observado”*.

Para desatar lo anterior, el Tribunal comienza analizando la posición asumida por la Convocante y la parte Convocada en esta materia, y de acuerdo con dicho estudio concluye que no prospera este PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS (Quinta, Sexta, Séptima y Octava) por no existir la plena prueba de los supuestos de hecho de sus proposiciones, esto es, bajo el entendimiento ineludible, en una decisión en Derecho, de que la prueba de los actos de mala fe de la Convocada *“que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV”* le correspondía a la Convocante y nada de ello aparece en el plenario.

En efecto, observa el Tribunal que en los Hechos 51 a 88 (páginas 49 a 75 de la Demanda), que comprenden los Capítulos III (*“CALCULO INPTV”*) y IV (*“INFORME FINAL DE LA INPTV 2009-2010”*), en ninguna parte aparece el cargo de la mala fe, ni la expresión indirecta que utiliza la Convocante en estas Pretensiones *“faltar al deber contractual de la buena fe”*, lo que explica que el plenario nada ofrezca en apoyo de unas Pretensiones que se quedaron en simples enunciados que pretermiten las cargas de lealtad y claridad y que, en todo caso, determinan la imposibilidad de un pronunciamiento del Tribunal por sustracción de materia, tanto en lo sustancial (las conductas o supuestos fácticos no están ni siquiera afirmados), como desde el punto de vista de los requerimientos probatorios en una decisión que debe proferirse en derecho (nuevamente, artículos 177 y 304 del C. de P. C.).

Por lo antes expuesto, el Tribunal desestima el *“PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS”* (Quinta, Sexta, Séptima y Octava). En estas circunstancias, pasa el Tribunal a estudiar las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS a las principales que se rechazan.

2. En la ejecución del Contrato y su Prórroga *“ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real de 2009 y 2010”*.

Este grupo de PRETENSIONES SUBSIDIARIAS a las PRINCIPALES ESPECÍFICAS que acaba de negar el Tribunal (basadas en la mala fe del

Concesionario), tienen como fundamento *“hechos que ocurrieron”* sin que se determine su naturaleza ni su causa eficiente, lo que constituye una pretermisión de la Convocante de su carga de claridad, que pone al Tribunal a precisar -casi que a descifrar el origen fáctico de estas peticiones- o, en términos más estrictos y desde la perspectiva del derecho probatorio, a indagar los *“supuestos de hecho”* de estas Pretensiones (art. 177 del C. de P. C.) como requisito inexorable de las consecuencias que se demandan en derecho y que en su conjunto determinan la carga probatoria que correspondía a la parte actora.

Finalmente, observa el Tribunal, no es necesario avanzar más en este ejercicio de depuración e identificación de la materia fáctica sometida bajo estas proposiciones pues el Tribunal negará este grupo de PRETENSIONES SUBSIDIARIAS porque, al contrario de lo que ocurría, en términos de claridad por lo menos, al momento de revisar su competencia en la Primera Audiencia de Trámite, la Convocante ha revelado de manera inequívoca (páginas 173 a 186 de su alegato de conclusión) que estas Pretensiones están soportadas en la fuente de obligaciones que corre bajo el nombre de **enriquecimiento sin causa** (artículo 831 del C. de Co., por ejemplo), efecto para el cual echa mano de conocidas jurisprudencias de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado (en páginas 176, 180-181, 184 y 185-186 de su Alegato), sin que quede duda, ahora, de que esta es la fuente formal de derecho que considera pertinente para impetrar estas declaraciones y condenas y en el plenario no se probaron los elementos o requisitos de esta fuente residual de obligaciones.

Por lo que encontró suficientes estas consideraciones (art. 304 del C. de P. C.) para despachar desfavorablemente estas pretensiones subsidiarias, por no llenar los requisitos de la naturaleza, ni de la procedibilidad de la pretensión de enriquecimiento sin causa, en particular por existir otra acción disponible, por no tener la que se ejerció carácter subsidiario.

El Tribunal procede a continuación al estudio del “SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES ESPECÍFICAS” (Novena a Décima Segunda) encaminado a que se declare que el Concesionario incumplió el Contrato y con ello causó un daño a la CNTV y a que se condene al resarcimiento del daño causado. Pretensiones que son desestimadas por el Tribunal, al considerar éste primeramente que la fijación del precio de la Prórroga del Contrato de concesión es una facultad indelegable de la CNTV, parte Convocante, sin perjuicio de que

pueda valerse o auxiliarse de *“otros medios e indicaciones”* (artículo 1864 del C. C.) para hacerlo.

Que el alto grado de injerencia -consentida o en todo caso tolerada por la CNTV- que tuvieron los Concesionarios en los actos encaminados a la determinación del precio, bien probada en el expediente, no es suficiente para concluir que el precio habría sido determinado, mucho menos fijado, por el Concesionario en este caso, o por los dos canales interesados en forma conjunta. Sin embargo, tal y como está formulada la Pretensión rectora de este grupo de proposiciones (la Novena), ese es un presupuesto evidente de ellas, raciocinio en el que no están implicados principios ni reglas de hermenéutica jurídica sino cuestiones de lógica formal que se resumen en **la imposibilidad de imputarle incumplimiento a quien no estaba obligado a la conducta reprochada.**

Al no haber prosperado las pretensiones que se acaban de estudiar, procede el Tribunal abordar el examen de aquellas deducidas como subsidiarias al segundo grupo de pretensiones principales específicas.

Afirma el Tribunal que estas pretensiones subsidiarias (a, b, c y d) están fundadas, de acuerdo con los términos de la primera de ellas, en *“una circunstancia ajena a la CNTV”* que es haber calculado el Auditor la INPTV de 2009 y 2010 con una *“inadecuada aplicación... de la metodología de cálculo”*. En esas condiciones el Tribunal se abstiene de entrar en el estudio de si lo que hizo o dejó de hacer el Auditor son *“circunstancias ajenas a la CNTV”* porque en la formación de su convicción, fundada en buena parte en el peritaje, ha concluido que *“la metodología de cálculo de la INPTV”* aplicada por el Auditor se encuentra ajustada a la misión que se le encomendó y a las reglas de su oficio, lo que lleva al Tribunal a concluir que al no resultar probado este presupuesto de hecho de las pretensiones bajo examen ello es suficiente para declarar su fracaso.

Para desestimar las anteriores pretensiones, el Tribunal luego de exponer los razonamientos efectuados por cada una de las partes, comienza en primer lugar, a fijar su posición respecto del trabajo del perito, al decir del mismo que la seriedad, fundamentación y claridad no admite discusión, sin que ello -ni siquiera bajo la consideración de que no fue objetado- sea suficiente para que el Tribunal lo deba tomar como referente obligado de su convicción, porque es evidente que se trata de un trabajo direccionado completamente por la parte Convocante, al servicio de

una determinada estrategia resarcitoria, intento que, en principio, nada tiene de reprochable.

Afirma que cuando se adentra el intérprete en el entendimiento de esta experticia es claro el poco margen de maniobra que tuvo el perito para poner en ejercicio su ciencia y experiencia de manera autónoma porque se lo colocó bajo una armazón rígida (el programa de estructuración del Precio) en la que debía moverse de acuerdo con un instructivo igualmente rígido, concebido de una manera secuencial detallada, en donde su trabajo quedó limitado a hacer unas operaciones, a revisar y conformar series históricas, a mover cifras dentro de unas celdas preexistentes, a acumular y consolidar resultados parciales, en fin, a trajinar dentro del modelo y las escalas del precio como si estuviera manejando una simple *regla de cálculo*, o un programa de cuentas, con muy poco espacio para presentar al panel arbitral –el real destinatario de su trabajo- juicios críticos, alternativas de valoración, o su franco cuestionamiento a algunas operaciones que –a voces de lo que observa el Tribunal- tuvo que efectuar como parte de su misión como auxiliar de la justicia.

Pese a lo anterior, el Tribunal dice que, el peritaje es ilustrativo respecto de las herramientas y presupuestos dentro de los que se determinó el precio de la prórroga del Contrato de Concesión, sobre los diversos elementos que concurrieron a su estructuración, da cuenta de diversos grados de influencia de los Concesionarios en el modelo o programa y, en fin, describe y desarma la herramienta que las partes acogieron, a instancias de los asesores externos de la Convocante, como matriz para determinar el precio sobre el que gira esta controversia.

En lo que respecta al “*Impacto por Deflactación*” o “metodologías de deflactación”⁴⁶, dice el Tribunal que tiene a disposición tres vías, a saber: la invocada por la Convocante en su Demanda, la utilizada por el Auditor y una tercera que fue planteada por el Perito en su dictamen. Sin embargo, respecto de esta última opción, se trata de un tercer escenario solamente enunciado por el experto ante su inconformidad con las otras dos metodologías descritas, según lo precisa en su propio dictamen.

⁴⁶ “**Deflactar**: Convertir una cantidad medida en términos nominales en otra expresada en términos reales, mediante un índice de precios que actúa como deflactor”. Diccionario de economía y negocios, Espasa Calpe, Madrid, 1999.

Ambas partes coinciden en la fuente formal de obligaciones y el perito, por su parte, sin que ello implicara entrar en puntos de derecho, tiene presente en sus razonamientos las reglas pertinentes de la Cláusula 7 del *“Texto Integrado del Contrato”* que, como ya lo sentó el Tribunal al despachar la Primera Pretensión Principal constituye la fuente básica de obligaciones en todos los aspectos del tema central de esta controversia, **el precio**.

Por lo que el Tribunal procede a rechazar esta reclamación porque considera que a pesar de las insatisfacciones de la Convocante y del perito, en el expediente no obra prueba alguna de que el Auditor haya hecho *“inadecuada aplicación... de la metodología de cálculo de la INPTV”* (en este caso respecto de la deflactación). De acuerdo con los elementos probatorios que el Tribunal ha tenido para la formación de su convicción, es razonable concluir que el Auditor procedió ajustado a las reglas de su arte u oficio, hizo una elección metodológica dentro del arbitrio de su profesión y experiencia y cumplió su cometido dentro de los límites señalados en el contrato. El Auditor tenía una misión que, en el punto concreto -la utilización de una **metodología**- ha podido ser restringida o encomendarse de manera específica, pero nada de ello ocurrió.

Que al contestar la pregunta No. 73 de la Convocante en la que coloca al experto a decidir cuál es la *“metodología técnicamente adecuada... a los principios de matemáticas financieras”*, entre la que utilizó el Auditor y la que propugna la Convocante, contestó el perito: *“Estrictamente hablando, la forma teóricamente y conceptualmente correcta de deflactar una serie a pesos constantes (a una fecha base) no es ninguna de las dos formas propuestas en la pregunta. La teoría financiera determina que la forma apropiada para determinar el valor en pesos constantes (valores reales) de una serie trimestral es utilizar el IPC del **último mes del trimestre.**”*

En este mismo orden de ideas, luego de ilustrar con un ejemplo el aserto anterior, el perito concluye: *“Consecuentemente el perito considera que las metodologías propuestas en la pregunta del cuestionario (la No. 73, aclara el Tribunal) no son las más apropiadas para deflactar una serie, pues el resultado no será el mismo. Si se toma un IPC promedio, el resultado obtenido estará **sobreestimando** en pesos constantes de diciembre de 2008 (**En otras palabras estará subestimando el efecto del VDT**). Por el contrario, si se deflacta la serie de forma anual, el*

resultado estará **subestimando** en pesos constantes de diciembre de 2008 (**Se estará sobreestimando el VDT**)⁴⁷.

Continúa el Tribunal su exposición diciendo que, a pesar de no compartir el perito la metodología acogida por el Auditor que es objeto de censura por la Convocante, sin renunciar a sus salvedades expresa que *“Bajo el supuesto en el cual la INPTV es anual y no se puede obtener en un período inferior de tiempo, la mejor forma de deflactar la INPTV será utilizar el IPC anual (número índice al final del año) tal y como lo afirma la pregunta”* (página 97, texto integrado de Dictamen y Aclaraciones, p. 97 de 135, Aclaración a Pregunta No. 76 y folio 321 Cuaderno de Pruebas No.15).

El Tribunal considera que en las conclusiones y valoraciones efectuadas por el perito respecto del trabajo y la metodología aplicada por el Auditor en este punto, no se encuentra cargo alguno con mérito suficiente para modificar el trabajo de este último. Lo que el perito ha expresado es una discrepancia con la metodología adoptada por el Auditor, bajo el entendimiento de que, a su juicio, existen otros métodos aplicables a esta materia. Con apoyo en tales consideraciones consignadas en la experticia, el Tribunal estima que en lo que a este cargo se refiere no existe sustento probatorio para concluir que ocurrió una inadecuada aplicación de la metodología utilizada por el Auditor, sino que éste acudió a una opción metodológica que no ha resultado censurable, ni reprochable.

Que en armonía con lo expuesto y para abundar en argumentaciones que justifiquen la decisión del Tribunal, tampoco hay lugar a considerar que exista un eventual **“error grave”** en esta parte del trabajo del Auditor, bajo la concepción legal de este concepto como el yerro con entidad suficiente para justificar, por ejemplo, una determinada causal de casación (artículo 368 del C. de P. C.), la objeción a un peritaje (art. 238 ibídem) o la responsabilidad patrimonial del juez (artículo 40 del C. de P. C., subrogado por la Ley 270 de 1996, artículos 65 a 74), que sería una falencia con fuerza suficiente para concitar la atención del Tribunal al amparo de este cargo.

Lo que ha quedado probado es lo que ocurre en ciencias que aunque deben ser rigurosas no son exactas (el Derecho, la Economía, las Finanzas) en donde pueden presentarse o proponerse varias soluciones para un caso concreto, máxime cuando el método es **la interpretación**. Es probable que el Auditor haya

⁴⁷ Texto integrado del Dictamen y las Aclaraciones, contestación a la pregunta No. 73, páginas 77 y 78 de 135. Negrillas del texto.

podido hacer una mejor elección de la metodología y, en todo caso, ha debido prestarle mayor atención a las reiteradas observaciones de la CNTV, pero ello no es suficiente para afectar la estabilidad del Precio de este Contrato.

Por las razones anotadas, el Tribunal rechaza esta reclamación y las Pretensiones en donde está articulada, al considerar que el trabajo de deflactación del Auditor, en el caso censurado, puede enmarcarse dentro de lo que instruyeron las partes en la Cláusula 7 del *“Texto Integrado del Contrato de Concesión”*.

Entra luego el Tribunal hacer el estudio al *“Impacto por Estacionalidad,”* el cual conlleva que ante la imposibilidad de poder conocer el 8 de enero de 2011 la INPTV del mes que acababa de terminar (diciembre de 2010), era necesario acudir a alguna herramienta estadístico-financiera que le permitiera al Auditor darle certeza a ese dato y reportar la INPTV total del último trimestre, y a ello se encamina la Regla 3ª de la Cláusula 7 del *“Texto Integrado del Contrato de Concesión”*, que en este punto específico dispone que el Auditor *“proyectará proporcionalmente el valor correspondiente para el mes de diciembre de 2010, teniendo en cuenta la estacionalidad del mes de diciembre observada en los años 2008 y 2009”*

El Tribunal luego de analizar la metodología utilizada por el auditor en esta materia, desestima los reparos que hace la parte actora, al no estar satisfecha con la interpretación de una instrucción que se le impartió al Auditor en la Regla 3ª, pues considera el Tribunal que el raciocinio que hace el auditor es bien claro en el punto 3 del Hecho 73 de la Demanda (páginas 64 y 65 de la misma) cuando afirma que es distinto el *“peso relativo que tiene el mes de diciembre en la INPTV, si se calcula respecto del año o respecto del trimestre”* (negrillas fuera del texto). Y luego afirma que *“la desviación estándar de diciembre sobre una serie de datos anual, es menor que la desviación estándar de diciembre sobre una serie que solo toma el último trimestre del año”*, punto en el que radica la insatisfacción de la Convocante, que la lleva a pretender que el Tribunal se decante por el método que ella considera que es el *“más adecuado estadísticamente”*, con lo que queda en evidencia la motivación de esta reclamación: un mero desacuerdo interpretativo sobre los alcances de esta parte de la Regla 3ª ya referida. Que lo anterior es, suficiente *per se* para rechazar este grupo de Pretensiones Subsidiarias, lo que encuentra apoyo, con razones adicionales, en la declaración del asesor de la CNTV Alberto Carrasquilla quien considera que el método

utilizado por el Auditor en el caso bajo examen era el adecuado y que procedió de conformidad con las reglas de su oficio.

En consecuencia, el Tribunal no encuentra probado el supuesto de hecho (artículo 177 del C. de P. C.) de estas proposiciones subsidiarias de la Convocante; en otros términos, no se arrió la plena prueba de que el Auditor hubiera incurrido en una *“inadecuada aplicación... de la metodología de cálculo de la INPTV”* (Pretensión a, de este grupo de Subsidiarias), para estimar la que correspondía al mes de diciembre de 2010.

El Tribunal analiza el tema del *“Impacto por distorsiones INPTV de 2009 y 2010”*, y una vez estudiadas los supuestos de hecho de las Pretensiones que ahora se estudian, así como las posiciones de la Convocante y de la Convocada, el Tribunal no accede en este punto, a revisar el precio de la Prórroga que nos ocupa y para ello esgrime las siguientes razones. En primer lugar, nada hay en el plenario que lleve a descalificar la información suministrada por los canales a la CNTV, o al Auditor directamente, y esa información llegó a sus destinatarios, incluido este arbitraje, prevalida de la presunción de autenticidad, veracidad, y conforme a los cánones legales obligatorios para los profesionales del comercio y es por ello que el perito, dejando a salvo que no emitía juicio alguno *“acerca de las diferencias entre la información encontrada”* (ASOMEDIOS y Auditor), *“No obstante, reitera... que la información reportada por los canales está debidamente auditada por empresas especializadas, internacionalmente conocidas y legalmente reconocidas...”*(Cuaderno de Pruebas No. 15, folio 389).

En segundo lugar, la metodología de deflactación para llevar pesos corrientes de 2009 y 2010 a pesos constantes de 31 de diciembre de 2008 es diferente. En efecto, para el ejercicio que nos ocupa, el Auditor utilizó una metodología bien conocida en el plenario y suficientemente descrita en lo que va corrido de este laudo, mientras que el perito acudió a otro método disponible dentro de las *herramientas* de su oficio, igualmente válido, y así lo confirma en su experticia de manera inequívoca (Pregunta No. 97, Cuaderno de Pruebas No. 15, folio 390).

En tercer lugar, también influye en esta diferencia (INPTV estructurada con datos de ASOMEDIOS y la que estableció el Auditor) la manera como el Auditor proyectó el mes de diciembre de 2010 (descrita al estudiar el evento **Estacionalidad**) y la manera como lo hizo el perito para deducir la que correspondería a los datos de *Asomedios*, punto en el que afirma el experto que *“Esta diferencia de*

metodologías explica, también de manera parcial, la diferencia encontrada...”(Pregunta 97, Cuaderno de Pruebas No. 15, folio 390).

En cuarto lugar, existe *“una justificación teórica y pragmática”* que el perito expone al final de su respuesta a la Pregunta No. 97 (Cuaderno de Pruebas No. 15, folios 391 y 392), que en sus propios términos reza: *“Como es bien sabido, en la industria de la televisión los canales manejan un sistema de tarifas que se compone de tres elementos: la tarifa bruta, la tarifa negociada y la tarifa real o efectiva. Bajo este contexto, las tarifas reportadas al IBOPE están conformadas por las tarifas brutas y negociadas, mientras que las tarifas que utilizó el Auditor consisten en tarifas negociadas y efectivas. Bajo este orden de ideas, es lógico que las tarifas reportadas no sean idénticas, por lo que el perito considera que esta es una de las justificaciones a las anteriores diferencias”* (ibídem, folio 392).

Por las razones expuestas, el Tribunal niega las Pretensiones Subsidiarias, en cuanto plantean que se revise el precio de la prórroga del contrato de concesión mediante la utilización de otra INPTV, diferente de la que reportó el Auditor y sirvió para ajustar el Precio Final, porque no se trajo la plena prueba que permita desestimar la INPTV verificada por el Auditor de acuerdo con el contrato, y porque la diferencia pretextada por la Convocante, a favor de la INPTV que resultaría de los datos de Asomedios, encuentra explicación satisfactoria en razones de orden metodológico suficientemente expuestas por el perito. Concluye diciendo el Tribunal, que estas pretensiones subsidiarias fracasan, por no haberse demostrado el supuesto de hecho invocado por la actora, no por fuerza o virtud de las excepciones propuestas por la Convocada.

Una vez analizados los argumentos facticos – jurídicos que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento para proferir el Laudo, no es acertado decir que en este caso se configura la causal de anulación invocada por el censor; porque de la anterior exposición se demuestra que no existe argumento alguno para esgrimir que el Laudo en referencia se hubiese proferido en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso; porque verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas

jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia.

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

En consecuencia, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales la situación descrita por el censor no se subsume en la causal invocada. El juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba, como tampoco una interpretación del contrato que no sea compartida por una de las partes no convierte a una decisión arbitral en un laudo en conciencia.

Síguese de todo lo anterior que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, como adujo la convocada, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

4.2. Segunda causal: “8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...” (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance ésta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

“... la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en

relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁴⁸, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.⁴⁹

El aparte correspondiente a la causal de anulación “*por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros*”, toca con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

- i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.
- ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.
- iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”⁵⁰

No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo

⁴⁸ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090.

⁴⁹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

⁵⁰ Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476.

resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia que se les endilga.

De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele a la materia a que estaba sometido el arbitraje, que en este caso, todas y cada una de las pretensiones estaban encauzadas a lo referente al precio de la prórroga del contrato, cuyo monto pretendía la convocante le fuese revisado y reajustado en el pronunciamiento que hiciesen los árbitros y el Tribunal no hizo cosa distinta que determinar y precisar cuál era el sentido y alcance de esas pretensiones al tenor del contenido del contrato de concesión, y el análisis de sus cláusulas, lo cual resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una presunta incongruencia en el fallo, porque el Tribunal se apartó de los argumentos del recurrente.

Insistimos, el Tribunal de Arbitramento al proferir el Laudo, lo hizo en plena armonía, congruencia entre lo solicitado en el petitum de demanda, con lo considerado en la parte motiva del fallo y lo decidido en la sentencia.

Para la Sala no es seria la sustentación que el recurrente presentó para fundamentar el cargo, puesto que si en las pretensiones antes relacionadas se identifica claramente la obligación, se solicita la declaratoria de su incumplimiento y el pago de los perjuicios que dicho incumplimiento genera, resulta claro que es deber del juez hacer la labor interpretativa de la demanda y concatenarlo con la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato, para deducir de allí si es viable o no la prosperidad de las pretensiones reclamadas; con lo cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

Finalmente, encuentra la Sala que el cuestionamiento hecho por el recurrente, lo que en realidad comporta es un cuestionamiento alusivo a la fundamentación

misma del laudo y a su soporte probatorio (*vicio in iudicando*), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (*vicio in procedendo*) y en esa medida escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso debe declararse igualmente infundada.

En conclusión, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a la recurrente.

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarara infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

En este asunto no aparecen acreditados 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 DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000), a cargo de la recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuso la convocada contra el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocante de la suma de **Doce Millones de Pesos (\$12.000.000.00)**, que es el valor en que se tasan las agencias en derecho.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ