

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Contra laudo arbitral de 5 de abril de 2011 de tribunal de arbitramento / CONVOCADA - Comisión Nacional de Televisión / CONVOCANTE - Caracol Televisión S.A / OBJETO DEL CONTRATO - Concesión para la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada Número 2 / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Regulación legal. Ley 1107 de 2006 / COMPETENCIA - Unica instancia proferida en conflicto de contratos estatales

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión, contra el laudo proferido el 5 de abril de 2011 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato de concesión n.º 136 de 1997. Lo anterior de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, a cuyo tenor, en aplicación del factor orgánico, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Para el caso concreto, entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer en única instancia, 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, esto es el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003, de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128

LAUDO ARBITRAL - Procede recurso extraordinario de anulación / TERMINO DE PROCEDENCIA - Ley 1150 de 2007 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Protege derechos constitucionales del debido proceso y defensa por irregularidades en trámite arbitral

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, dentro de los cinco días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo aclare o corrija, por las causales expresamente definidas en el ordenamiento. La Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. (...) Se tiene entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No puede utilizarse como segunda instancia ni replantearse el debate sobre el fondo del proceso ni revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento / COMPETENCIA DEL JUEZ DEL RECURSO DE ANULACION - Se rige por principio dispositivo

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de

errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

FALLO EN CONCIENCIA - Cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este / FALLO EN CONCIENCIA - No prospera cargo, dado que el laudo arbitral fue proferido en derecho

El fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, promueve su realización en cuanto fallar en derecho no comporta el desconocimiento de la convivencia pacífica y del orden justo, en los términos del artículo 2º Constitucional. (...) Para la Sala la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula arbitral, como efectivamente ocurrió, si se considera que i) analizó el régimen jurídico del servicio público de televisión y de la concesión a los particulares; ii) determinó la normatividad rectora del contrato celebrado y la obligación de pagar las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias; iii) valoró el dictamen pericial y los demás elementos probatorios allegados al proceso y iv) resolvió, previo análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2

LAUDO ARBITRAL - Se produjo con extensas consideraciones con la normatividad aplicable a la controversia / FALLO EN DERECHO - Laudo arbitral se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico.

Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que contiene extensas consideraciones de los árbitros en torno a la normatividad aplicable a la obligación y a los elementos de convicción, cuya solución originó la controversia sometida a decisión arbitral, hecho que desvirtúa los fundamentos del cargo en lo que tiene que ver con la aplicación del derecho objetivo y la valoración de los elementos probatorios que la recurrente echa de menos. (...) a la Sala no le asiste duda en cuanto a que el Tribunal falló en derecho, habida cuenta de que el laudo da cuenta de las razones de orden jurídico y técnico por las cuales concluyó que los acuerdos n.º 021 de 1997, 003 de 2009 y la resolución 129 de 2010 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Comunicaciones no son aplicables al caso concreto, que el pago de las tarifas de que trata la resolución 429 de 1997 se causa por la señal cursada y que el concesionario pagó lo no debido. Y no le corresponde a la Sala, en sede del recurso extraordinario, abordar la argumentación en que viene estructurado el cargo bajo análisis, orientada a cuestionar las razones del fallo relativas a la incorrecta aplicación de los actos administrativos y al hecho de que el Tribunal se apartó parcialmente del dictamen pericial, en cuanto ajena a los errores in procedendo. En efecto, como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación desde tiempo atrás, los juicios

relativos a si los árbitros interpretaron y aplicaron correctamente el derecho vigente y a si valoraron íntegra y debidamente los elementos probatorios pertenecen al campo de los errores sustanciales del fallo, esto es a los yerros in iudicando que el ordenamiento positivo excluye del conocimiento del juez de la anulación del laudo.

ERRORES ARITMETICOS EN LAUDO ARBITRAL - El fallo da cuenta de las razones por las que los árbitros no acogieron la prueba pericial

Encuentra la Sala que la primera contradicción la deduce la recurrente al confrontar las afirmaciones del dictamen pericial, de que trata el numeral primero de la parte resolutive, en punto a que la utilización de las frecuencias se configura desde su puesta a disposición del operador, para que preste el servicio en un municipio privando a otros operadores del uso del mismo canal, con la declaración del pago de lo no debido y la orden de restituir los valores pagados en exceso, de que tratan los numerales sexto y séptimo. Aspecto al que no es dable atribuir la entidad suficiente para constituir la irregularidad que, conforme con la causal invocada, daría lugar a su corrección. En efecto, la aparente contradicción que se advierte entre estos puntos de la decisión no impide la ejecución del laudo, porque, además de que la naturaleza declarativa sobre el mérito probatorio del dictamen pericial no neutraliza ni torna contradictorias la declaración del pago de lo no debido y la ejecución de la decisión constitutiva, de que tratan los otros dos numerales, el fallo da cuenta de las razones por las cuales los árbitros no acogieron la prueba pericial en lo relativo a la aplicación del factor de utilización, cariz en el que la convocada funda la discordancia bajo análisis. Sin que le resulte posible al juez de la anulación volver sobre esas razones que apuntalan la decisión arbitral.

CONTRADICCION ENTRE PRESUNCION DE LEGALIDAD Y FALTA DE COMPETENCIA - No se advirtió dado que el tribunal condicionó la aplicación de la resolución 429 de 1997 a que los pagos tienen causa legal cuando hay transmisión efectiva de la señal

Y en lo relativo a la disconformidad que la recurrente advierte entre la presunción de legalidad y la falta de competencia, declaradas por el Tribunal en el punto tercero de la decisión, la declaración del pago de lo no debido y la orden de restituir lo pagado, con sujeción a la resolución 429 de 1997 y los acuerdos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión (puntos sexto y séptimo), la Sala observa que los árbitros concluyeron, en síntesis, que "la única interpretación posible del texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 deberá hacerse por las efectivamente utilizadas por los concesionarios" y que los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 nada disponen sobre la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias. Siendo así, a juicio de la Sala, no resulta posible entender la contradicción advertida por la recurrente y el ministerio público, en cuanto, a la luz de la ratio decidendi, se entiende de las decisiones contenidas en los numerales tercero, sexto y séptimo de la parte resolutive, que el Tribunal condicionó la aplicación de resolución n.º 429 de 1997 al entendimiento de que los pagos dispuestos en ese acto solamente tienen causa legal cuando hay transmisión efectiva de la señal, pues los efectuados sin verificarse esta condición son indebidos, al punto que deben restituirse al concesionario. Y, habiendo entendido los árbitros que la única interpretación posible de la resolución n.º 429 de 1997 se acompasa con el pago de las tarifas por la utilización efectiva de las frecuencias por parte del concesionario, esto es por la señal cursada y, estando fundadas la declaración del pago de lo no debido y la orden de restitución en esa interpretación del Tribunal,

no resulta posible sostener que se incurrió en la contradicción, de que trata la causal séptima.

COMPETENCIA DE ARBITROS - Las decisiones contenidas en el laudo no contradicen la presunción de legalidad

Al margen de los cuestionamientos sobre la competencia del Tribunal que acompañan el cargo en estudio, entiende la Sala que, en cuanto las decisiones contenidas en los puntos sexto y séptimo de la parte resolutive del laudo se sostienen en que los árbitros condicionaron el alcance de la resolución 429 de 1997, el cargo, en lo que se refiere a la contradicción de las mismas con la presunción de legalidad de dicho acto administrativo, también resulta infundado.

COMPETENCIA DE LOS ARBITROS - Particulares solo pueden ser investidos transitoriamente para administrar justicia / ARBITROS - Son particulares que ejercen función jurisdiccional transitoriamente / CONTRATO COMPROMISORIO - Acuerdo de voluntades que habilita a los árbitros para que decidan conflicto como particulares / CLAUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO DE CONCESION - Las partes acordaron sustraerse de la jurisdicción común un litigio para ser decidido por particulares investidos temporalmente de jurisdicción / PRINCIPIO DE ARBITRABILIDAD OBJETIVA - Ratione materiae / PRINCIPIO DE ARBITRABILIDAD OBJETIVA - La competencia de los árbitros está vedada en asuntos ajenos al poder de disposición

De conformidad con las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares solamente pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley. En consecuencia, los árbitros, aunque particulares transitoriamente investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, habilitados mediante un acuerdo de voluntades contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria que sustrae de la jurisdicción común un litigio para ser decidido por los particulares investidos temporalmente de jurisdicción. Función sustentada en el principio de arbitrabilidad, conforme con el cual la misión de resolver conflictos se limita a los derechos sobre los que rige la libre disposición, lo que supone la capacidad general o jurídica y especial o legitimación para disponer en el caso particular, amén del poder o facultad legal o convencional atendiendo a la naturaleza del derecho. (...) en virtud del principio de arbitrabilidad objetiva - ratione materiae-, la competencia de los árbitros está vedada en los asuntos ajenos al poder de disposición, bien porque no se es titular del derecho o interés particular o el asunto no es transable o renunciabile; tal sucede cuando el conocimiento de un determinado asunto está reservado a la jurisdicción estatal, v. g., en los casos del control de legalidad de los actos administrativos y de las obligaciones en las que va envuelto el orden público, como se analiza enseguida.

FUENTE FORMAL: CONTITUCION POLITICA - ARTICULO 116

LIMITES A LA COMPETENCIA ARBITRAL - Relacionada con la legalidad de actos administrativos / COMPETENCIA ARBITRAL - Pueden someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción / LIMITE ARBITRAL - No compete a los árbitros pronunciarse frente a la legalidad de actos administrativos relativos al ejercicio de potestades exorbitantes de la administración / LIMITES A LA COMPETENCIA ARBITRAL - Regulación legal

**/ COMPETENCIA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -
Conocer la legalidad de actos administrativos**

Con sujeción a las disposiciones del decreto 2279 de 1989, en el que viene fundada la causal bajo estudio, “[p]odrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles.(...) en lo que atañe a la actividad contractual del Estado, la Sección Tercera ha destacado que los juicios de legalidad de los actos administrativos relativos al ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración no competen a los árbitros, porque se trata de asuntos por fuera del poder de disposición de las partes, sin perjuicio de los pronunciamientos sobre la validez y los efectos que les son dados en relación con otros actos administrativos de naturaleza contractual. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la competencia de los árbitros en materia de actos relativos a la actividad contractual de las entidades estatales, consultar sentencia de 10 de junio de 2009, Exp.36252, MP. Mauricio Fajardo Gómez

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989

LIMITES A LA COMPETENCIA ARBITRAL - En materia de obligaciones legales en las que va envuelto el orden público y uso de bienes públicos, sobre las que el fisco no tiene facultad de renunciar

Conforme lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las controversias originadas en materia de las obligaciones impuestas por leyes en cuya observancia está interesado el orden público, escapan a la decisión de los árbitros, en cuanto su disposición no atañe exclusivamente al interés individual del renunciante.(...) Y a juicio de la Sala resulta claro que las controversias originadas en obligaciones impuestas por la ley, en las que va envuelto el orden público, como las atinentes al uso de los bienes públicos, sobre las que el fisco o el sujeto recaudador no tiene la facultad de renunciar o transigir escapan a la competencia de los árbitros.

CLAUSULA COMPROMISORIA - Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A convinieron someter a la decisión de árbitros las controversias relativas al contrato, su ejecución y liquidación

La Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. convinieron en someter a la decisión de los árbitros las controversias relativas al contrato, su ejecución y su liquidación. (...) Las partes convocaron el Tribunal de arbitramento, a instancias de Caracol Televisión S.A., para dirimir controversias originadas en i) el pago de una obligación que entendieron contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión y ii) gastos de operación del objeto contratado, en lo que tiene que ver con pago de lo no debido y restitución de lo pagado en exceso, reconocimiento de gastos extraordinarios y condena al pago de intereses. En efecto, según las pretensiones de la convocante, ya trascritas, el Tribunal fue convocado para decidir que i) la convocante pagó un mayor valor por la obligación de que trata la cláusula novena del contrato n.º 136 de 1997; ii) la convocada debe restituir el mayor valor recibido por la susodicha obligación, actualizado y con intereses moratorios y iii) en desarrollo del objeto, la concesionaria incurrió en gastos extraordinarios que la concedente debe pagarle, con intereses de mora.

PAGO DE TARIFAS - Para uso y asignación de frecuencias es impuesta por ley con interés del orden público / ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Bien público inenajenable e imprescriptible / ESPECTRO ELECTROMAGNETICO -

Regulación legal

Y observa la Sala, sin dificultad, que en cuanto la obligación de pagar las tarifas por el uso y asignación de las frecuencias, objeto de la controversia, es impuesta por una ley en la que está interesado el orden público, se trata de un asunto no transigible. En los términos de los artículos 76 y 77 constitucionales, el espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible, sujeto a la intervención, gestión y control del Estado. La Ley 182 de 1995, que reguló la intervención del Estado en el espectro electromagnético, i) impuso la obligación de pagar por la asignación y uso de las frecuencias destinadas al servicio público de televisión; ii) fijó los criterios con sujeción a los cuales deben determinarse las tarifas por ese concepto; iii) mandó que la Comisión Nacional de Televisión fije y cobre las tarifas y que el concesionario las pague, al margen del contrato, en cuanto le corresponde a la autoridad definir las mediante decisión regulatoria y, asimismo, la concesión consiste en una autorización que puede ser otorgada mediante acto unilateral del Estado, para el caso la licencia y iv) dispuso que la Comisión Nacional de Televisión gestione e intervenga en el espectro electromagnético, en nombre del Estado, sin autorizarla para transigir sobre la obligación de que se trata.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 / LEY 182 DE 1995

OBLIGACIONES DE PAGAR POR ASIGNACION Y USO DE FRECUENCIA DE TELEVISION - Tiene interés el orden público, son expresión de la facultad de intervención del Estado

Y no le cabe la menor duda a la Sala, en cuanto a que en las disposiciones de la Ley 182 de 1995, relativas a la obligación de pagar por la asignación y uso de las frecuencias, está interesado el orden público. No solo por el carácter imperativo que las caracteriza, sino, principalmente, porque i) son expresión de la facultad de intervención que la Constitución Política reservó al Estado –arts. 76, 77, 365 y 334-; ii) se refieren al uso de un bien público inalienable e imprescriptible, al cual el particular solamente puede acceder de manera onerosa y, ii) asimismo, tienen que ver con el orden público económico, en el que se sustenta la consecución de los fines estatales del servicio de televisión.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365

VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO - No es obligación de orden contractual así se haya incorporado en el contrato de concesión

En cuanto la ley manda que la Comisión Nacional de Televisión fije la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias, con sujeción a los criterios legales, la decisión en la materia reviste la naturaleza de una decisión unilateral de la administración. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la resolución n.º 0429 de 1997, expedida por la autoridad competente antes del otorgamiento de la concesión, para ser aplicada a cualquier persona interesada en la asignación y uso de los canales allí señalados. De donde no resulta posible el entendimiento de que se trate de una obligación de orden contractual, así haya sido incorporada al contrato de concesión celebrado entre las partes con posterioridad a la expedición del acto administrativo, como da cuenta de ello la cláusula novena:

CLAUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO DE CONCESION - No

habilitó a tribunal de arbitramento conocer litigios que comprometieran el pago de la tarifa

Para la Sala esta disposición convencional, en cuanto se limita a remitir al acto administrativo que regula la materia, no muda la naturaleza no transable de la obligación impuesta por la ley de orden público, ni podría hacerlo. De donde la sola circunstancia de haberse traído al texto contractual no la sujeta a la voluntad de las partes ni transmuta su naturaleza imperativa y ajena al contrato. De suerte que la cláusula compromisoria no habilitó al Tribunal para conocer de litigios que comprometan el pago de la tarifa, pues resulta claro que no se trata de una prestación convencional, en cuanto ubicada al margen de la autonomía de la voluntad.

LAUDO SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS - En relación a su legalidad no eran susceptibles de pronunciamiento arbitral

La resolución 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 fueron expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para fijar las tarifas por la asignación, el uso y adoptar el plan de utilización de las frecuencias, en ejercicio de del mandato de intervención del Estado en el espectro electromagnético y en el servicio de televisión a su cargo, de que tratan las disposiciones de los artículos 76, 77, 334 constitucionales, la Ley 182 de 1995 y al margen de la relación contractual que vincula a las partes en el litigio arbitral. En ese orden, no les resultaba posible a los árbitros pronunciarse sobre la validez y efectos de esos actos administrativos, en tanto no comprendidos en la categoría de los contractuales en los que se admite la arbitrabilidad, de conformidad con los criterios ya expuestos. Empero, observa la Sala que el Tribunal decidió sobre pretensiones que necesariamente involucran pronunciamientos sobre la legalidad de los citados actos administrativos no contractuales, al punto que el laudo produce efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997, como se analiza a continuación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 / LEY 182 DE 1995

LEGALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS - Sobre tarifas cobradas a Caracol Televisión / LEGALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS - No pueden árbitros decidir sobre su legalidad

Observa la Sala que la convocante fundó las pretensiones relativas a que se declare que pagó un mayor valor a la Comisión Nacional de Televisión por la asignación y uso de las frecuencias y se ordene los reembolsos, en cuestionamientos que tienen que ver con que las tarifas cobradas al amparo de la resolución 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009, en cuanto no consultan el criterio de utilización efectiva de la frecuencia, no se acompañan con el hecho generador o la causación dispuesta por la Ley 182 de 1995, esto es no se ajustan a la ley. (...) no les resultaba posible resolver de fondo las pretensiones formuladas a la convocada sin tocar la legalidad del acto administrativo, no solo porque a los árbitros no les es dado apartarse de la causa para pedir -en el caso relacionada exclusivamente con cuestionamientos a las metodologías y criterios utilizados para fijar y cobrar las tarifas-, sino, sobre todo, porque cualquiera haya sido la decisión, involucra la legalidad del contenido del acto administrativo que tiene como único propósito fijar las tarifas a cobrar, en cuanto mecanismo idóneo para ejercer la facultad atribuida al órgano competente en materia regulatoria para cobrar la tarifa, al margen de la relación contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995

LIMITACIONES DE ARBITROS - No le era dable renunciar, transigir o transferir el ejercicio de regular las tarifas a pagar por Caracol Televisión S.A. / PAGO POR ASIGNACION - No debió resolver el tribunal arbitral sobre los efectuados por la convocante y concluir su exceso

Y ni siquiera le es dado a la Sala el entendimiento de que las controversias para las que fue convocado el Tribunal recaen simplemente sobre un estipendio de orden contractual, pues la obligación de que trata el litigio no es de esa raigambre, amén de que, en el mismo ámbito del contrato, las partes se atuvieron, para todos los efectos, a lo que la resolución n.º 429 de 1997 y el Plan de Utilización de Frecuencias disponen en la materia, como corresponde, si se considera que no le es dable al órgano encargado de la intervención estatal renunciar, transigir o transferir el ejercicio de la función de regulación a su cargo en materia de las tarifas cuyo pago se cuestiona a lo largo del sub iudice. Siendo así, la Sala concluye, sin hesitación, que no le resultaba posible al Tribunal decidir sobre los pagos efectuados por la convocante y concluir su exceso, por haberse aplicado un criterio que, a juicio de la convocante, no se compagina con la causa legal, porque para el efecto debió pronunciarse o afectar la presunción de legalidad del acto, por cuya virtud no le quedaba sino concluir que los actos administrativos expedidos para fijar la tarifa y adoptar el Plan de Utilización de Frecuencias, se sujetan en un todo a la causa dispuesta en la ley para el cobro.

LAUDO ARBITRAL - Produjo efectos que afectaron la presunción de legalidad de acto administrativo de la Comisión Nacional de Televisión / ACTO ADMINISTRATIVO QUE ESTABLECIO TARIFAS - No era susceptible de pronunciamiento por tribunal arbitral

Entiende la Sala que, en cuanto sin competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que estableció las tarifas, al Tribunal no le era posible pronunciarse sobre su legalidad por ser este un atributo de que goza la decisión administrativa al margen de la decisión arbitral.

FALTA DE COMPETENCIA DE ARBITROS - Excepción probada por cuanto la instancia arbitral no podía pronunciarse sobre la validez de actos administrativos

Y en cuanto a la defensa relativa a la presunción de legalidad y falta de competencia, el Tribunal consideró que "...la excepción propuesta debe prosperar, por cuanto sabido es que en la instancia arbitral no es dable pronunciarse sobre la validez de actos administrativos, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para interpretar el marco normativo regulador del vínculo contractual –incluyendo el PUF y la Resolución 429-, pues es una facultad inherente a la labor judicial (sic)"

PRESUNCION DE LEGALIDAD - Pronunciamiento del tribunal arbitral frente actos administrativos / FALTA DE COMPETENCIA DE ARBITROS - No podía pronunciarse frente a esa legalidad de actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional de Televisión

El Tribunal i) se pronunció sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, ii) declaró el pago de lo no debido y iii) ordenó reembolsar el valor de las tarifas pagadas con sujeción a la resolución 0429 de 1997(...) De donde huelga concluir que el Tribunal, i) declaró la presunción de legalidad del acto,

condicionada a las razones expuestas en la parte motiva, esto es a que la única interpretación posible es la de que el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2, (asignados a RCN Televisión S.A. y a Caracol Televisión), debe hacerse “por las efectivamente utilizadas por los concesionarios”; ii) declaró que el cobro de las tarifas, fijadas por la resolución 0429 de 1997, sin sujeción a la interpretación a la que condicionó la aplicación de ese acto, excede la obligación impuesta por la ley y regulada mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y iii) ordenó reembolsar el valor de una obligación legal, tasada por el órgano competente, de naturaleza no negociable o transigible. A la Sala no le asisten dudas en cuanto a que el Tribunal condicionó la legalidad de la resolución 429 de 1997 a que se entienda que las tarifas de que trata solamente tienen causa legal, esto es sólo se ajustan a la ley que dispuso su cobro, cuando el concesionario ha utilizado las frecuencias mediante la transmisión efectiva de la señal desde la estación hasta los receptores finales. Advierte la Sala que el tipo de condicionamiento al que el Tribunal sometió la interpretación y aplicación de la resolución n.º 429 de 1997 produce, materialmente, efectos similares a los de las decisiones de legalidad condicionada que le corresponde decidir al juez de lo contencioso administrativo y que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido en su sede

NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Efectos / NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL - Regulación legal / FALTA DE COMPETENCIA - Errores de procedimiento se sancionan con nulidad procesal

Advierte la Sala que los errores de procedimiento relativos a la falta de competencia están sancionados con la nulidad procesal por el artículo 29 Constitucional, como ya se expuso en esta providencia. Y en esa misma línea, ha sostenido esta Corporación que cuando el tribunal adopta decisiones que no le correspondía proferir, se impone la corrección mediante la nulidad parcial del laudo o total, si está afectado íntegramente por ese vicio. (...) En el caso que ocupa su atención en esta oportunidad, observa la Sala que i) la causal 8ª de anulación está dirigida contra las decisiones contenidas en los puntos tercero, sexto y séptimo de la parte resolutive del laudo, referidas a la presunción de legalidad de los actos administrativos que regulan el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias, a la declaración del pago de lo no debido y a la orden de reembolsar al concesionario tarifas pagadas y ii) el vicio de falta de competencia afecta solamente esas decisiones y no la totalidad de la parte resolutive del laudo.

NULIDAD PARCIAL DE LAUDO ARBITRAL - Procedencia

Del numeral tercero de la parte resolutive del laudo se anulará la expresión que declara probada la excepción “de presunción de legalidad de los actos administrativos”, esto es del acuerdo 021 de 1997, demás normas que lo complementan o modifican y de la resolución n.º 429 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, por recaer este punto del laudo sobre un asunto no sujeto a la decisión de los árbitros. También se anulará los numerales sexto y séptimo del laudo arbitral, en cuanto contienen decisiones que producen efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, ajena a los asuntos arbitrables, como se dio cuenta de ello en esta sentencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00025-00(41064)

Actor: CARACOL TELEVISION S.A

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la convocada, Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión), contra el laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver sus diferencias, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: *Negar la objeción por error grave formulada por CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra el dictamen pericial técnico rendido por el experto Lucio Muñoz Muñoz, designado por el Tribunal, por las razones expuestas en este Laudo.*

Segundo: *Declarar no probada la excepción propuesta por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominada “5. Caducidad y prescripción”, por las razones expuestas en este Laudo.*

Tercero: *Declarar probadas las excepciones de mérito propuesta (sic) por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominadas “1. Presunción de legalidad de los Actos Administrativos y la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997)” y “Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas.” Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.*

Cuarto: *Declarar parcialmente probada la excepción propuesta por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominada “4. El concesionario*

no puede ir en contra de sus propios actos ni alegar su propia culpa para pretender una restitución de pagos por frecuencias ni de supuestos gastos extraordinarios por antenas”, en lo que se refiere a las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la convocatoria arbitral (antenas), por las razones expuestas en este Laudo.

Quinto: *Negar las demás excepciones propuestas, por las razones expuestas en este Laudo.*

Sexto: *Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.*

Séptimo: *Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$13.607.823.120), correspondiente a capital y su actualización a la fecha de este Laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecución de este Laudo.*

Octavo: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

Noveno: *Sin costas para ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva de este Laudo.*

Décimo: *Disponer que de la partida de gastos, se le pague a la doctora Alexandra Quintero la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.00) por concepto de honorarios como secretaria en el presente trámite arbitral, correspondiente al periodo comprendido entre el 28 de febrero y el 19 de abril de 2010.*

Décimo primero: *Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en el proceso, y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

Décimo segundo: *Disponer que la Presidente del Tribunal proceda a protocolizar el expediente contentivo de la actuación adelantada dentro del proceso, en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, D.C., una vez cobre ejecutoria el presente Laudo.*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 19 de diciembre de 2008, Caracol Televisión S.A, a través de apoderado, instauró demanda arbitral en contra de la Comisión Nacional de Televisión, procurando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera (1ª).- Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.

Segunda (2ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma que resulte probada dentro del proceso.

Tercera (3ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que pague las anteriores sumas, junto con su correspondiente actualización e intereses moratorios, causados desde que CARACOL TELEVISIÓN S.A. efectivamente pagó en exceso y hasta la fecha de su reintegro efectivo, o en la forma en que determine el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la fecha del Laudo, o en la forma en que a ese efecto determine el Tribunal.

Cuarta (4ª).- Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. incurrió en gastos extraordinarios por cuenta de algunas de las frecuencias asignadas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, para la ejecución del contrato de concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997 (antenas).

Quinta (5ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. los gastos extraordinarios incurridos por cuenta de algunas de las Frecuencias asignadas para la ejecución del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma que resulte probada dentro del proceso (antenas).

Sexta (6ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que pague las anteriores sumas, junto con su correspondiente actualización e intereses moratorios, causados desde que CARACOL TELEVISIÓN S.A. incurrió en los gastos para entregar las antenas y hasta la fecha de su reintegro efectivo, o en la forma en que determine el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la fecha del Laudo, o en la forma en que a ese efecto determine el Tribunal.

Séptima (7ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN al pago de intereses comerciales moratorios entre la fecha o plazo que se indique en el Laudo, y hasta el pago efectivo de las sumas a las que sea condenada.

Octava (8ª).- Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN al pago de las costas del proceso.

1.2. Fundamentos

Para apoyar sus pretensiones la parte convocante puso de presente estas razones:

1.2.1. El 22 de diciembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. suscribieron el contrato n.º 136 cuyo objeto es la concesión para la operación y explotación del “*Canal Nacional de Operación Privada N2*”, sujeto al régimen de las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y la resolución n.º 1274 de 1997 expedida por el Ministerio de Comunicaciones. El concesionario inició la operación el 11 de enero de 1999.

1.2.2. Mediante la citada resolución 1274 de 1997, el Ministerio de Comunicaciones reordenó el espectro radioeléctrico, asignando 60 frecuencias (12 en VHF: canales 2 a 13 y 48 en UHF: canales 21 a 36 y 38 a 69) para la prestación del servicio de televisión.

1.2.3. En ejercicio de sus facultades legales, la Comisión Nacional de Televisión, al adoptar el Plan de Utilización de Frecuencias, distribuyó geográficamente las 60 bandas del servicio de televisión en 33 secciones, correspondientes a los 32 departamentos y el Distrito Capital, al tiempo que las asignó para la prestación del servicio en cada municipio, sin que a un operador le haya correspondido la misma frecuencia en todos los municipios de un departamento. Como resultado, i) un operador puede tener participación en todas las secciones sin que se le hayan asignado las 60 frecuencias, así, p. ej., a RCN Televisión se le asignaron 36 frecuencias y 41 a Caracol Televisión, para operar en las 33 secciones; ii) una misma frecuencia puede estar asignada a un operador en varios municipios sin comprender todos los del departamento, v.g., el canal 7 puede estar asignado a un operador solamente en 8 municipios de un

departamento; y iii) una misma frecuencia puede estar asignada a varios operadores en las distintas secciones.

1.2.4. Asimismo, en cada estación se usa una frecuencia para recibir y transmitir la señal a varios municipios, como en el caso de Manjui, radiodifusora en la que se utiliza la frecuencia 5 asignada a Caracol Televisión S.A. para cubrir 108 municipios de 5 departamentos. En ese orden, la convocante entiende que, en tanto presta el servicio en el territorio nacional con 124 estaciones, solamente utiliza igual número de frecuencias.

1.2.5. De conformidad con las disposiciones de la Ley 182 de 1995, el pliego de condiciones y el contrato celebrado, el concesionario debe pagar a la concedente por la asignación y utilización de las frecuencias en municipios con más de 20.000 habitantes. Empero, a juicio de la convocante, la Comisión Nacional de Televisión procedió de manera distinta, en cuanto, al amparo de la resolución n.º 429 que expidió el 19 de noviembre de 1997, para fijar las tarifas que deben pagar los concesionarios por la asignación de las frecuencias, al margen de la utilización le cobró i) varias veces por una misma frecuencia, en razón de habérsela asignado en distintos municipios; ii) por canales¹ asignados que no utiliza y iii) por frecuencias concedidas para municipios con menos de 20.000 habitantes. En ese orden, Caracol Televisión S.A. considera que solamente está obligada a pagar por 124 frecuencias que utiliza o, como máximo, por las 145 resultantes de la forma en que le fueron asignadas las bandas en el Plan de Utilización de Frecuencias y no por 1.083, como le cobra la concedente, por el hecho de prestar el servicio en igual número de municipios.

1.2.6. La Comisión Nacional de Televisión adelantó el proceso licitatorio y otorgó la concesión para operar el canal nacional, sin tener en cuenta que no se contaba con la infraestructura adecuada para recibir la señal en el territorio nacional, imponiéndole a la concesionaria costos extraordinarios por \$7.338.000.000, suma a la que ascendió el valor de dotar a los usuarios de antenas receptoras del servicio y que, en cuanto originada en imprevisiones de la concedente, la convocante no tiene por qué asumir.

2. Intervención pasiva

¹ Entendidos estos como bandas de frecuencias en las que se autoriza la emisión de la señal.

2.1. Contestación de la demanda

Por auto dictado en audiencia del 18 de febrero de 2010, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y, admitida la demanda, le fue trasladada a la convocada –fls. 123 a 125, c.p.1-.

La Comisión Nacional de Televisión, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás, al tiempo que propuso las excepciones de i) presunción de legalidad de los actos administrativos y falta de competencia del tribunal para juzgar ese atributo, en cuanto la convocante funda las pretensiones en cuestionamientos a la asignación de las frecuencias por municipio y el cobro acorde con esa división territorial, de cara a desconocer la legalidad del Plan de Utilización de las Frecuencias y las tarifas, adoptados por la Comisión mediante los acuerdos n.º 021 de 1997 y 003 de 2009 y la resolución n.º 429 de 1997, ajenos al trámite arbitral; ii) obligación contractual y legal de pagar por la asignación y uso de las frecuencias en cada municipio y pago de lo debido, pues la nacida del contrato obliga al concesionario a pagar, desde el perfeccionamiento de la concesión, por las frecuencias que tiene asignadas en cada municipio, al margen de la población y de la “*señal cursada*”, si se considera que el hecho de que contractualmente no esté obligado a prestar el servicio en cada ente territorial con menos de 20.000 habitantes no exonera al concesionario de pagar la tarifa a la concedente, cuando lo presta allí y que las disposiciones legales no sujetaron el pago a la explotación económica sino a la asignación y utilización, lo cual ocurre desde el momento en que el Estado afecta la frecuencia poniéndola a disposición del concesionario, pues desde entonces este queda facultado para operarla y la concedente impedida para disponer libremente del canal; además de que, en el caso de que se trata, el concesionario, si bien afirma no explotar todas las frecuencias asignadas, no ha ofrecido devolverlas; iii) inexistencia de causa para reconocer al concesionario los gastos en antenas para la recepción de la señal, porque, conocida esa exigencia y el estado del servicio desde el pliego de condiciones, los costos asociados se entienden incluidos en la oferta; iv) al concesionario no le está permitido fundar las restituciones en su propia culpa o volviéndose en contra de sus actos, como lo pretende al desconocer las exigencias técnicas de la propuesta y el sometimiento a las tarifas definidas por la resolución n.º 429 de 1997, previstos en el pliego de condiciones, la oferta y el contrato y v) “*caducidad y prescripción*”, en razón de haber transcurrido el término legal para ejercer oportunamente la acción y vencido el

plazo inicial de la concesión -fls. 129 a 216, c.p.1-.

II. LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento, el 5 de abril de 2011, profirió el laudo impugnado, una vez concluyó sobre su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria², en cuanto asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada, relativos a la interpretación y aplicación de las normas que rigen las tarifas por la asignación y uso de frecuencias para el servicio de televisión. Lo anterior, luego de dar cuenta del trámite que precedió a la instalación del Tribunal, del desarrollo de la etapa probatoria y las objeciones por error grave al dictamen pericial, de la oportunidad para decidir, del objeto de la controversia, de la relación procesal, legitimación y representación de las partes –fls. 685 a 785 cdn. ppal-.

Pasando al fondo del asunto, el Tribunal i) expuso que, de conformidad con el régimen del servicio público de televisión dispuesto en la Constitución Política y las Leyes 182 de 1995, 336 de 1996 y 1341 de 2009, los particulares pueden explotar el espectro electromagnético, previo el otorgamiento de una concesión que no implica la celebración de un contrato, en tanto el Estado se limita a conceder un permiso o licencia para que el particular explote el bien en nombre propio, sujeto a una relación en la que **“...el cobro de la tarifa equivale a la cantidad del bien concedido y a su disponibilidad para el licenciatario, con independencia del uso o utilización (plena o parcial) que al mismo le dé el beneficiario de la licencia, aspecto éste que sólo interesará al Estado referido a sus funciones de control, vigilancia... y de intervención” que desde siempre ha ostentado sobre la gestión de este bien...** -el énfasis es del original, fl. 721-; ii) puso de presente que el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 definió la concesión como **“...el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la**

² Convenida por las partes así: “[t]oda 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 Bogotá, D.C., lugar en el cual funcionará 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; 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 Santa Fe Bogotá; c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y efectos de la cláusula de caducidad”.

ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión **y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio**” –fl. 718-; iii) distinguió la concesión, en cuanto otorgada mediante contrato para la prestación del servicio público de televisión y a través de licencia para la explotación del espectro electromagnético, toda vez que, en el primer caso, se trata de un contrato estatal, sujeto a las disposiciones y principios, como el de equilibrio económico de que trata la Ley 80 de 1993 que convierte al concesionario en “*agente público... delegatario de la prestación de un servicio a cargo del Estado*”, mientras que con la licencia “*no se traba una relación contractual entre el particular concesionario y el Estado concedente que implique pactos prestacionales, responsabilidades y extremos obligacionales conmutativos, sino que se trata de un mero permiso de explotación particular en beneficio de la comunidad, sí, pero no en representación del Estado responsable*” –fl. 725-; iv) destacó que, si bien al Ministerio de Comunicaciones – hoy de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones- le competía el ordenamiento del espectro electromagnético, era privativo de la Comisión Nacional de Televisión gestionar y administrar las frecuencias para el servicio público de televisión, así como definir las tarifas que los operadores deben pagar por la asignación y uso; v) trajo a colación criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, a cuyo entendimiento las tarifas por la concesión para la exploración y explotación del espectro no son tasas sino “*precios públicos*”, esto es obligaciones sujetas al ejercicio de la autonomía de la voluntad del particular, en cuanto este decide solicitar la concesión, sin perjuicio de que su pago venga impuesto por la ley (Sentencias C-303 de 1999, C-927 de 2006 y C-403 de 2010) y vi) caracterizó el celebrado entre las partes -fuente de las controversias sometidas a decisión arbitral- como un “*contrato estatal de concesión de prestación de servicio público*”, esto es un negocio mediante el cual “*el Estado contrata la prestación del servicio en su nombre, en todo el territorio nacional*”, asumiendo la obligación esencial de «**disponibilidad del espectro electromagnético requerido para la prestación del servicio, sin perjuicio del cobro de las tarifas que por la utilización del bien se causen a favor del Estado, como una contraprestación distinta a aquella que debe sufragar el concesionario por el derecho que el contrato le otorga a prestar el servicio, que se concreta en el “pago por la concesión”**» –énfasis del texto original, fl. 731-, sujeto a las disposiciones de las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y las expedidas por el organismo rector del servicio de que se trata, así como la Ley 80

de 1993, en cuanto dispuestas para la actividad contractual de las entidades estatales.

Seguidamente, el Tribunal centró su atención en los alcances de la asignación y utilización de las frecuencias del servicio de televisión de cara a establecer la causación y cuantificación de los pagos debidos y la procedencia de las restituciones, perseguidas por la convocante en las primeras tres pretensiones. Al efecto consideró que, i) si bien, de conformidad con el documento *“Cuadro Nacional de Atribución de Bandas Frecuencias”* del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de que trata el acuerdo n.º 003 de 2009 de la Comisión Nacional de Televisión, traído en el dictamen pericial, es dable entender que hay utilización de las frecuencias cuando concurren: la apertura de la banda (6 MHz); el espacio geométrico, que, conforme con el pliego de condiciones, corresponde *“al área de cobertura en cada municipio”* y el tiempo denegado a otros usuarios potenciales, determinable por la vigencia de la asignación del canal a un operador, esos criterios no son aplicables al caso concreto, en cuanto, en materia de distribución de frecuencias, el contrato n.º 136 de 1997 se sujetó a la resolución n.º 1274, expedida en ese año por el Ministerio de Comunicaciones y *“en la que ninguna previsión se hizo para el establecimiento de un criterio normativo de cobro de la frecuencia utilizada en un determinado servicio de telecomunicaciones”* –fl. 754-; ii) de los planes de ordenamiento del espectro electromagnético y de utilización de frecuencias, adoptados por la Comisión Nacional de Televisión mediante la resolución n.º 094 y el acuerdo n.º 021, de abril y junio de 1997 e incorporados en el contrato *sub judice*, mal puede entenderse que se haya definido la causación del pago a partir de la asignación de la frecuencia a nivel municipal, en tanto esos actos tuvieron como único fin el de garantizar el cubrimiento del servicio a nivel territorial, con criterios esencialmente *“cambiables y adecuables a las necesidades del servicio y su expansión”*; iii) los cobros por la asignación y utilización de las frecuencias deben sujetarse a las disposiciones de la resolución n.º 429 de 1997, vigentes al celebrar el contrato de concesión, que contienen una *“formulación pura y simple de los valores unitarios”* por las 677 frecuencias asignadas al canal N2, *“de las cuales hará uso el operador privado del servicio público de televisión”*, sin que a tales efectos sea posible adicionar criterios de interpretación extensiva; iv) el pliego de condiciones que rigió la licitación, la oferta y el contrato n.º 136 se sujetaron en un todo a la resolución n.º 429 de 1997 y v) atendiendo al criterio según el cual *“se entiende por uso efectivo de las frecuencias asignadas al canal N2, la utilización de la frecuencia*

(canal) 'desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal', es decir desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación", los peritos concluyeron que la convocante solamente utiliza 771 frecuencias del total de las asignadas y ha pagado en exceso a la convocada una suma, que actualizada con el IPC, asciende a \$13.607.823.120.

Fundado en las razones que preceden, el Tribunal despachó favorablemente las dos primeras pretensiones y ordenó a la convocada restituir el valor calculado por los peritos, al tiempo que negó el reconocimiento de los intereses moratorios, en cuanto desprovistos de los elementos de "certeza y liquidez", determinantes de esa obligación.

El Tribunal negó también las demás pretensiones, relativas a la restitución de costos extraordinarios en los que dice haber incurrido la convocante por la instalación de antenas para la recepción final del servicio, después de considerar que, en cuanto, i) de conformidad con el pliego de condiciones de la licitación y Plan de Utilización de Frecuencia al que se remitió, los interesados conocían los canales y los requerimientos técnicos de las antenas receptoras de que debían disponer los televidentes; ii) el objeto de la concesión comprende la explotación del espectro y la prestación del servicio público de televisión y iii) la convocante formuló su oferta sujeta al pliego de condiciones, los gastos por la instalación de los elementos aptos para recibir su señal son un costo previsible de operación de la concesión. Amén de que el Tribunal echó de menos elementos probatorios que acrediten que en la licitación se indujo a la concesionaria a presentar una oferta errada.

Finalmente, en lo atinente a las excepciones, el Tribunal i) declaró fundadas la primera, tercera y cuarta, por considerar que, en cuanto la ley atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión la competencia para gestionar la frecuencias y fijar las tarifas por la asignación y el uso, no le es dable a los árbitros "pronunciarse sobre la validez de actos administrativos" proferidos en esa materia y que los gastos de instalación de las antenas no revisten el carácter de extraordinarios a la luz de las disposiciones del pliego de condiciones y ii) negó las demás, fundado en que la obligación de pagar por la utilización de la frecuencia se sujeta a la autorización de la estación y el uso del canal se limita a los municipios de más de 20.000 habitantes, al tenor de la resolución 429 de 1997 y, en cuanto el contrato estatal no ha sido liquidado, no ha iniciado el término de caducidad de la

acción.

III. RECURSO DE ANULACIÓN

El 12 de abril de 2011, la Comisión Nacional de Televisión, a través de apoderado, dentro de la oportunidad legal respectiva, recurre el laudo arbitral, proferido el 5 de abril del mismo año, para que sea anulado y ajustado “...a la realidad de las pruebas contenidas en el expediente respectivo, y a los mandatos de los múltiples actos administrativos... cuyo contenido fue desconocido por el Tribunal de Arbitramento” –fls. 816 y 821 a 847, c.p-.

1. Los cargos

1.1. Primero: se falló en conciencia debiendo ser en derecho (art. 163 numeral 6º, Decreto 1818 de 1998)

La entidad recurrente sostiene que los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, en tanto aparece de bulto que ordenaron restituir a la convocante unos pagos impuestos por la ley, al margen de la transmisión efectiva de señal, prescindiendo el Tribunal de i) las disposiciones de la cláusula novena del contrato *sub judice*, de la resolución n.º 429 de 1997, los acuerdos n.º 021 de 1997 y 003 de 2009, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para asignar a Caracol Televisión S.A. 1073 frecuencias (677 en VHF y 396 en UHF) y fijar las tarifas a su cargo y la resolución 129 de 2010, expedida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, para definir el uso de las frecuencias, a cuyo tenor las tarifas se pagan por el hecho de que las bandas están abiertas y disponibles, para que el concesionario preste el servicio en cada uno de los municipios en los que le fueron asignadas las frecuencias, sin que otros operadores puedan utilizarlas; ii) las conclusiones del dictamen pericial que dan cuenta de que (a) es una conceptualización técnica generalmente aceptada, de manera similar a como en la ciencia se admite la ley de la gravedad, que la medida de la utilización del espectro electromagnético es “producto de la anchura de la banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales” y no del volumen o cantidad de “señal cursada” o transmitida y (b) la frecuencia no solamente se utiliza cuando el municipio “está siendo cubierto por una estación”,

dado que “[l]a utilización (evento que hace que la frecuencia (canal) no esté disponible para otros usuarios potenciales) se configura desde el evento de la asignación de esa frecuencia (canal) al operador” –subrayas del original-, como lo aclararon los peritos durante el trámite de contradicción de la prueba y iii) el entendimiento mismo al que llegó el Tribunal en el sentido de que *“lo que hace la CNTV en el PUF, es determinar la frecuencia que debe utilizar el operador de un canal para servir determinados municipios que integran un área o zona específica y sólo a través de ella, mediante su utilización por el operador que la tenga asignada, podrá cumplirse con la prestación del servicio en un área geográfica específica de servicio. Todo ello con el fin de evitar las interferencias con otros operadores (del mismo servicio o de servicios diversos)”*, expuesto en la página 73 del Laudo y que la concesionaria debe pagar por las frecuencias en la forma fijada en la resolución n.º 429 de 1997, esto es una tarifa por 677 frecuencias en VHF y otra por las 396 asignadas en UHF.

En ese orden, la recurrente sostiene que la conclusión en el sentido de que la convocante no está obligada a pagar las tarifas fijadas en la resolución n.º 429 de 1997 para las 396 bandas UHF asignadas a Caracol Televisión S.A., en la que el Tribunal apuntaló la decisión de ordenar la restitución de la suma de \$13.607.823.120, en tanto fundada en que las tarifas se deben por el uso o la *“utilización de la frecuencia (canal) desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal. Es decir desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura...”*, carece de los fundamentos normativos, técnicos y probatorios de que trata la cláusula compromisoria y la jurisprudencia de esta Corporación.

En línea con esa argumentación, la Comisión Nacional de Televisión enfatizó en que los fundamentos de la causal invocada no tienen que ver con que el Tribunal haya interpretado el ordenamiento y valorado la prueba testimonial indebidamente, sino que, en cuanto los árbitros fundaron su decisión en el criterio según el cual las tarifas se pagan solamente por la transmisión efectiva de la señal, ajeno a las disposiciones legales, regulatorias, convencionales y a la prueba pericial, conforme con las cuales las tarifas se pagan por la asignación y uso de las frecuencias se apartaron del ordenamiento, de los elementos probatorios y decidieron en conciencia.

1.2. Segundo: contener la parte resolutive del laudo disposiciones contradictorias (art. 163 numeral 7º, Decreto 1818 de 1998)

Con fundamento en esta causal la recurrente afirma que la parte resolutive de la decisión que se debe anular, contiene decisiones abiertamente contradictorias, porque i) en tanto en el numeral primero se niega la objeción al dictamen formulada en el sentido de que el uso de una frecuencia es *“el producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales”* –el énfasis es del texto original, a fl. 838-, en los numerales sexto y séptimo se dispuso que a Caracol Televisión S.A. se le debe restituir el valor pagado por el uso de las frecuencias que se compagina con el criterio pericial y ii) en el numeral tercero el Tribunal reconoció la presunción de legalidad de la resolución 429 de 1997 y del acuerdo n.º 021 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y su falta de competencia para desvirtuarla, pero, de manera opuesta, en los puntos sexto y séptimo, decidió que esos actos impusieron a Caracol Televisión S.A. pagos en exceso y ordenó restituirlos, sin reparar en su sujeción a los actos revestidos de la presunción de legalidad. Y sin que esas contradicciones le hubieran ameritado al Tribunal las correcciones o aclaraciones que en este mismo sentido solicitó la convocada en sede arbitral.

1.3. Tercero: haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo pedido (art. 163 numeral 8º, Decreto 1818 de 1998)

A juicio de la convocada, el Tribunal, en cuanto desconoció la resolución n.º 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 de la Comisión Nacional de Televisión para concluir que el número de frecuencias utilizadas y por las que debe pagar Caracol Televisión S.A. es de 771 y no las cantidades que efectivamente están fijadas en esos actos, actuó al margen de su competencia y por tanto sobre puntos ajenos a su decisión, pues, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los pronunciamientos de los árbitros orientados a controlar la legalidad de los actos administrativos o a *“desconocer implícita o explícitamente dichos actos”* dan lugar a la anulación del laudo, por tratarse de asuntos ajenos a su jurisdicción.

2. Alegatos finales

Caracol Televisión S.A., a través de apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso de anulación interpuesto por la convocada, por considerar que i) en tanto orientado a que el juez estatal revise los aspectos sustanciales de la decisión arbitral, excede los límites que sujetan la procedencia del recurso a los errores *in procedendo*; ii) en cuanto los árbitros decidieron las pretensiones y las excepciones fundados en el análisis integral del régimen del servicio público de televisión, el proceso licitatorio, el contrato celebrado, las estipulaciones convenidas y de las pruebas allegadas al proceso, incluido el dictamen pericial que la recurrente echa de menos, profirieron el laudo en derecho y no puede abrirse paso el estudio de la impugnación relativa a que los árbitros omitieron, ignoraron, interpretaron o apreciaron indebidamente la normatividad aplicable y el dictamen pericial, como lo propone la convocada, de cara a demostrar un defecto probatorio, esto es un *error in iudicando*, ajeno al recurso extraordinario; iii) la contradicción que la recurrente advierte en la parte resolutive del laudo es infundada, toda vez que el laudo da cuenta de las razones en las que el Tribunal fundamentó el sentido y alcance que atribuyó a las resoluciones n.º 429 de 1997, expedida por la Comisión Nacional de Televisión y 129 de 2010 del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como de las que lo llevaron a apartarse del dictamen pericial y iv) la decisión arbitral relativa a que Caracol Televisión S.A. *“había pagado un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión”*, se funda en la interpretación y aplicación de las disposiciones contractuales y las contenidas en las resoluciones n.º 094 y 429 de 1997 y el acuerdo n.º 003 de 2009 de la Comisión Nacional de Televisión, que le correspondía al Tribunal, en tanto ese fue el objeto litigioso que las partes sometieron a su decisión –fls. 849 a 863, c.p-.

3. Concepto del Ministerio Público

A juicio de la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, el laudo impugnado, si bien no presenta los elementos del fallo en conciencia y se funda en la interpretación de normas y valoración de las pruebas, propias de la actividad confiada a los árbitros, contiene decisiones contradictorias que imposibilitan su cumplimiento concomitante, pues no resulta posible declarar que

se presume legal la resolución n.º 429 de 1997 expedida por la Comisión Nacional para fijar las tarifas y apartarse de la misma, “para disminuir el número de frecuencias” por las que el concesionario paga por la asignación y uso.

Puntualizó el señor Procurador Delegado:

La decisión del Tribunal de Arbitramento tiene efectos hacia el futuro porque con la resolución define un conflicto sobre la aplicación de la cláusula novena del Contrato de Concesión No. 136 de 22 de diciembre de 1997, sin embargo, con las disposiciones contradictorias, esto es la aplicación de la Resolución 429 de 1997 en su sentido literal que determina el número específico de frecuencias asignadas a cada uno de los canales de las cuales harán uso y a su vez la disminución de las frecuencias allí contenidas con fundamento en criterios diferentes a los contenidos en la mencionada resolución, hace imposible la aplicación de los numerales segundo, sexto y séptimo del fallo arbitral de manera concomitante.

La contradicción contenida en las decisiones antes mencionadas se puede observar en las siguientes consideraciones del laudo arbitral: en el folio 000765 el tribunal concluyó “que en ningún otro criterio, distinto al consignado en la Resolución 429/97, se incluyó en los pliegos de condiciones en punto a referentes para el cobro de los valores establecidos en ese acto administrativo para el uso de las frecuencias, razón por la cual, es claro para el Tribunal que el pacto contractual en esta materia se restringe a lo establecido en dicho acto administrativo”. Esto es, el número de frecuencias asignadas de las que harían uso los operadores privados, su valor unitario, su valor total y la distribución de la suma liquidada en cuotas semestrales.

Posteriormente, concluye que “la única interpretación posible del texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N2 y N2 (sic) deberá hacerse por las efectivamente utilizadas por los concesionarios”, siendo el criterio “efectivamente utilizadas” algo foráneo al texto de la resolución 429/97.

Dichos aspectos se reflejan en la parte resolutive del laudo arbitral objeto del recurso de anulación con disposiciones contradictorias que se tornan inaplicables al momento de hacer efectivo dicho documento, mucho más, si se tiene en cuenta que el contrato aún se encuentra vigente y se debe aplicar la resolución 429 de 1997 para la liquidación de los valores que debe pagar la sociedad convocante.

Nótese que al aplicar de manera literal la Resolución 429 de 1997, en virtud de la decisión de declarar probada la excepción de legalidad de la misma, contenida en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo, no es posible aplicar el criterio de frecuencias “efectivamente utilizadas” expuesto por los árbitros y tenido en cuenta por ellos para decidir los numerales sexto y

séptimo del fallo arbitral, porque ese concepto no hace parte de la resolución antes mencionada –fls. 873 vto. y 874, c.p-.

De donde, a juicio del ministerio público, resulta fundada esta causal de anulación invocada por la recurrente –fls. 867 a 876, c.p-.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión, contra el laudo proferido el 5 de abril de 2011 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato de concesión n.º 136 de 1997.

Lo anterior de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, a cuyo tenor, en aplicación del factor orgánico, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Para el caso concreto, entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer en única instancia, 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, esto es el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003, de esta Corporación.

2. La controversia arbitral

2.1. El 4 de marzo de 1997, mediante la resolución n.º 1274 de esa fecha, el Ministerio de Comunicaciones adoptó *“el Cuadro Nacional de Atribución de*

Bandas de Frecuencia”, señalando las que podrán usarse para el servicio de radiodifusión de televisión –fls. 186 a 190, c.2-.

2.2. El 9 de abril siguiente, la Comisión Nacional de Televisión adoptó el *“plan de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para la Televisión”*, definiendo una estructura que comprende *“la configuración híbrida de las bandas VHF y UHF”* para una cadena nacional correspondiente a los canales regionales; tres cadenas nacionales existentes (*“Cadena Uno, Canal A y Señal Colombia”*); dos nuevas cadenas nacionales *“N1 y N2, balanceadas en la utilización de las bandas de frecuencias VHF y UHF, desde el punto de vista de cubrimiento poblacional”*; una cadena nacional *“N3XEL”* para estaciones locales en capitales y poblaciones de más de 100.000 habitantes, además de un conjunto de frecuencias destinadas a estaciones locales –fls. 182 a 184, c.2-.

2.3. Asimismo, la Comisión Nacional de Televisión definió los *“Planes de Utilización de Frecuencias”*, asignando las bandas a cada uno de los Canales de Operación Privada N1 y N2 –fls. 80 a 110, c.2-.

2.4. El 18 de septiembre de 1997, el órgano rector de la televisión expidió la resolución n.º 429 para fijar *“las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias para los Canales Nacionales de Operación Privada (N1-N2)”*, estableciendo que, en tanto el operador del Canal N2 *“hará uso”*, deberá pagar un valor unitario de \$1.241.830 por cada una de las 677 frecuencias asignadas en VHF y de \$1.117.647 por cada una de las 396 frecuencias asignadas en UHF.

2.5. El 22 de diciembre siguiente, previa licitación pública, la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A., convinieron en el contrato de concesión n.º 136, con el objeto de permitir al concesionario *“la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada N2, de conformidad con el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 003 de 1997 y la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO”*, –fl. 4, Anexo 4-, durante un periodo de 10 años, prorrogable por igual tiempo y por un valor de \$117.973.850.000 –fls. 2 a 20, c.2-

2.6. Adicional al precio de la concesión, las partes señalaron que *“la adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución No. 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la Comisión Nacional de Televisión y será cancelada por EL CONCESIONARIO”*

anualmente, en la forma allí establecida”, siendo las frecuencias asignadas las “enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias (anexo No. 3 del pliego de condiciones” -fl. 7, c.2-.

2.7. La Comisión Nacional de Televisión ha cobrado y el concesionario pagado las tarifas por la asignación y uso de las 1073 frecuencias de que trata la resolución n.º 429 de 1997, empero Caracol Televisión S.A. considera que, en cuanto cubre el servicio de televisión en el territorio nacional transmitiendo la señal solamente por algunas de las frecuencias asignadas, no está obligado a pagar por el total de las 1073 que tiene a su disposición.

3. Análisis de los cargos

La Comisión Nacional de Televisión procura la anulación del laudo arbitral proferido por el Tribunal conformado a instancias de Caracol Televisión S.A., por considerar que los árbitros i) decidieron que las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias deben pagarse por la señal cursada o transmitida, apartándose del derecho objetivo y del acervo probatorio, a cuyo tenor la obligación de pagar las tarifas se causa por la disponibilidad de la frecuencia para prestar el servicio a un municipio y la privación del uso a operadores distintos del concesionario; ii) adoptaron decisiones imposibles de ejecutar simultáneamente, pues, al tiempo que acogieron el dictamen pericial que acredita la utilización de la frecuencia desde el momento en que se asigna el uso exclusivamente a un operador, ordenaron restituir los pagos que se acompasan con ese criterio, además de que declararon la presunción de legalidad de las decisiones expedidas por la Comisión Nacional de Televisión para fijar las tarifas, empero la desconocieron en lo que tiene que ver con los pagos efectuados con sujeción a esos actos administrativos y iii) decidieron sobre asuntos ajenos a su competencia, esto es el relativo a la legalidad de la resolución n.º 429 de 1997, expedida por la Comisión Nacional de Televisión para definir la tarifa que debe pagar la convocada por la asignación y uso de 677 frecuencias en VHF y 396 en UHF.

Por su parte, la convocada solicita se declare infundado el recurso, en cuanto no se observan contradicciones que imposibiliten su ejecución, aunada a que los árbitros actuaron en el marco de su competencia y sujetaron la decisión al ordenamiento.

Ahora bien, observa la Sala que en el caso de un tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Comisión Nacional de Televisión y RCN Televisión S.A., originadas, igualmente, en el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias destinadas al servicio público de televisión, en el que el laudo decidió sobre pretensiones y excepciones similares, en el mismo sentido del proferido en este proceso, la Subsección A de la Sección Tercera encontró infundado el recurso de anulación promovido por la convocada, al amparo de las causales de que tratan los numerales 6º, 7º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998³, sin perjuicio de, que en el caso que ahora ocupa su atención, la Sala deba pronunciarse sobre las razones en que se sustenta la censura, con sujeción a los límites dentro de los cuales se formuló el recurso en esta oportunidad, el laudo impugnado, la cláusula compromisoria y la controversia planteada, de conformidad con las piezas procesales de este asunto, como le corresponde al tenor de las disposiciones de los artículos 55 de la Ley 270 de 1996 y 161 a 163 del Decreto 1818 de 1998.

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. Trámite dispuesto en el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina

Con auto del 25 de abril de 2012, se dispuso suspender el trámite con el fin de solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al tenor de las disposiciones del artículo 33 de la decisión comunitaria n.º 472, en consideración al objeto de la *litis*; empero, a instancias del recurso ordinario de súplica promovido por la convocante, mediante interlocutorio del 27 de septiembre de 2013 se revocó la anterior decisión, por considerar que la controversia se centra en el valor pagado por concepto de una obligación incorporada en el contrato n.º 136 de 1997, al margen de las disposiciones comunitarias y de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

^{3 3} Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2011, ponente Hernán Andrade Rincón, radicación 41029.

3.1.2. Alcance de la decisión

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 6º, 7º y 8º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁴, invocadas por las partes recurrentes.

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, formulado en los cinco días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo aclare o corrija, por las causales expresamente definidas en el ordenamiento.

La Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en estos términos:

Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.

Son causales de anulación de los laudos arbitrales, en los términos del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

1. (...).

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

⁴ Normas derogadas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, empero, aplicables al caso concreto por disposición del artículo 119 *ibídem*, en cuanto el trámite arbitral decidido con el laudo objeto del recurso de anulación se inició antes de la vigencia de esa ley.

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 conforme a las disposiciones del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998, “[c]uando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, [se] declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará”, sin perjuicio de que, como lo ha señalado esta Corporación, en orden a la corrección se imponga la anulación.

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas⁵.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala⁶, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

⁶ Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

3.2. El cargo relativo al fallo en conciencia debiendo ser en derecho (causal 6ª)

A juicio de la Comisión Nacional de Televisión, los árbitros decidieron con fundamento en su propio criterio y en consideración a su íntimo convencimiento, en cuanto i) omitieron el derecho vigente, esto es las disposiciones de la cláusula novena del contrato n.º 136 de 1997, la resolución n.º 429 de 1997, los acuerdos n.º 021 de 1997 y 003 de 2009 que le corresponde expedir en su calidad de autoridad reguladora del servicio y la resolución 129 de 2010 proferida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como el dictamen pericial, con arreglo a los cuales Caracol Televisión S.A. debe pagar las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias en tanto se le garantiza la disponibilidad para prestar el servicio en cada municipio, sin que otros operadores puedan acceder al mismo canal y ii) declararon que, en cuanto pagó lo no debido, al concesionario se le debe restituir la suma de \$13.607.823.120 cobrada en exceso por la concedente, fundados en que las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias son exigibles únicamente por la transmisión efectiva de la señal.

El fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, promueve su realización

en cuanto fallar en derecho no comporta el desconocimiento de la convivencia pacífica y del orden justo, en los términos del artículo 2º Constitucional.

En sentencia del 31 de enero de 2011, sobre la aplicación del principio de equidad se sostuvo⁷:

“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad⁸, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.

El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”⁹.

La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (...).

De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal¹⁰. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión¹¹.

⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, radicado 37.598.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* p. 99 y ss.

¹¹ WINDSCHEID, Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.

Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales¹². El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.

Para la Sala la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula arbitral, como efectivamente ocurrió, si se considera que i) analizó el régimen jurídico del servicio público de televisión y de la concesión a los particulares; ii) determinó la normatividad rectora del contrato celebrado y la obligación de pagar las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias; iii) valoró el dictamen pericial y los demás elementos probatorios allegados al proceso y iv) resolvió, previo análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que contiene extensas consideraciones de los árbitros en torno a la normatividad aplicable a la obligación y a los elementos de convicción, cuya solución originó la controversia sometida a decisión arbitral, hecho que desvirtúa los fundamentos del cargo en lo que tiene que ver con la aplicación del derecho objetivo y la valoración de los elementos probatorios que la recurrente echa de menos.

En efecto, al dar cuenta del régimen jurídico del contrato celebrado, del estudio de las tres primeras pretensiones y las excepciones orientadas a enervarlas, los árbitros concluyeron que i) las partes convinieron en el pago de la tarifa de que trata la resolución 429 de 1997, expedida por la Comisión Nacional de Televisión para regular el cobro por la asignación y el uso de las frecuencias objeto del contrato de concesión; ii) el pago de la tarifa de que se trata viene impuesto por la Ley 182 de 1995, en la forma como lo disponga la Comisión Nacional de Televisión en el ámbito de sus funciones legales; iii) los acuerdos n.º

¹² *“La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él.” Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.*

021 de 1997 y 003 de 2009, en cuanto expedidos por el órgano rector para garantizar el cubrimiento del servicio a nivel territorial, mediante el uso adecuado de las bandas de frecuencias, sin ocuparse de las tarifas, no resultan aplicables a efectos de decidir sobre los pagos que debe efectuar el concesionario por la asignación y uso de los canales; iv) el criterio técnico, conforme con el cual se determina la utilización del espectro electromagnético atendiendo a la disponibilidad de la frecuencia, el cubrimiento geográfico y la privación del uso a otros operadores, de que trata la resolución 129 de 2010, expedida por el Ministerio de Comunicaciones para distribuir el uso del bien y el dictamen pericial, no es determinante de la causación de las tarifas, en cuanto ajeno a la normatividad vigente a la celebración del contrato y a la resolución 429 de 1997; v) los elementos tenidos en cuenta al fijar las tarifas mediante este último acto se acompañan con el criterio de la señal cursada, en cuanto los peritos dan cuenta de que hay utilización de frecuencia cuando la transmisión originada en una estación permite el cubrimiento municipal del servicio de televisión y vi) los peritos establecieron que, en tanto solamente utiliza 771 frecuencias, el concesionario pagó en exceso a la concedente \$13.607.823.120.

Siendo así, a la Sala no le asiste duda en cuanto a que el Tribunal falló en derecho, habida cuenta de que el laudo da cuenta de las razones de orden jurídico y técnico por las cuales concluyó que los acuerdos n.º 021 de 1997, 003 de 2009 y la resolución 129 de 2010 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Comunicaciones no son aplicables al caso concreto, que el pago de las tarifas de que trata la resolución 429 de 1997 se causa por la señal cursada y que el concesionario pagó lo no debido.

Y no le corresponde a la Sala, en sede del recurso extraordinario, abordar la argumentación en que viene estructurado el cargo bajo análisis, orientada a cuestionar las razones del fallo relativas a la incorrecta aplicación de los actos administrativos y al hecho de que el Tribunal se apartó parcialmente del dictamen pericial, en cuanto ajena a los errores *in procedendo*.

En efecto, como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación desde tiempo atrás, los juicios relativos a si los árbitros interpretaron y aplicaron correctamente el derecho vigente y a si valoraron íntegra y debidamente los elementos probatorios pertenecen al campo de los errores sustanciales del fallo, esto es a los yerros *in iudicando* que el ordenamiento positivo excluye del

conocimiento del juez de la anulación del laudo.

En síntesis, habida cuenta de que el laudo arbitral impugnado se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico, el cargo formulado no prospera.

3.3. Errores aritméticos o disposiciones contradictorias en el laudo (causal 7ª)

A juicio de la recurrente no le resultaba posible al Tribunal i) sostener la ausencia de error grave en el dictamen pericial y al tiempo ordenar la restitución de unos pagos que se acompañan con las reglas de la experiencia pericial acreditadas y ii) reconocer la presunción de legalidad de la resolución 429 de 1997 y del acuerdo n.º 021 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, así como la falta de competencia del Tribunal para controlar el ejercicio de las funciones del órgano rector del servicio de televisión y simultáneamente desconocer la validez de los pagos dispuestos por la autoridad regulatoria con esos mismos actos, pues, en cuanto contradictorias, las decisiones en ese sentido son de imposible ejecución.

Asimismo, es de la opinión del ministerio público que, en cuanto el laudo resolvió la controversia con disposiciones que producen efectos contradictorios hacia el futuro, al determinar que el número de frecuencias asignadas y de las cuales hará uso cada operador es el fijado en la resolución n.º 429 de 1997 y simultáneamente introducir criterios para disminuir la cantidad de bandas por las que deben pagar los concesionarios, el cargo formulado al amparo de esta causal resulta fundado.

Por su parte, la convocante no halla fundamento al cargo bajo análisis, en tanto considera que, analizadas a la luz de las razones en las que el Tribunal apoyó el sentido, alcance y mérito que atribuyó a los actos administrativos y al dictamen pericial, las decisiones de la parte resolutive impugnadas por la recurrente no son contradictorias.

Conforme lo dispone el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esta causal procede a condición de que el recurrente la hubiere alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, requisito que cumplió la Comisión

Nacional de Televisión pues, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo, solicitó que el Tribunal i) aclarara la contradicción que la misma encuentra entre los numerales primero, tercero, sexto y séptimo, en que además funda el recurso, ii) explicara por qué juzgó los actos administrativos rectores del cobro de la tarifa desconociendo su aplicación en los casos en que la frecuencia está disponible para que el concesionario preste el servicio en cada municipio, con privación del uso a otros operadores y diera cuenta de las pruebas técnicas, ajenas al dictamen pericial, en que soportó ese juicio y iii) solicitó corregir la condena para adecuarla a las pruebas relativas al uso de las frecuencias por parte del concesionario.

Al respecto es de notar que, al tenor del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998, corresponde al juez del recurso de anulación corregir las disposiciones contradictorias, siempre que se encuentren contenidas en la parte resolutive.

En estricto sentido, la procedencia de esta causal, al tenor de lo definido en el numeral 7º del Decreto 1818 de 1998, exige que las contradicciones estén contenidas en “*la parte resolutive del laudo*”. Por esta misma razón, ha sostenido la Sala que la falencia advertida amerita la anulación si aparece en la parte resolutoria, con entidad suficiente para impedir su ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente las disposiciones en conflicto¹³:

Frente a las contradicciones en que puede incurrir el laudo arbitral, la sala ha precisado que “la incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutive y se justifica, en tales casos la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescindir de la parte motiva.”¹⁴

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho respecto de esta causal, que es similar a la tercera de casación prevista en el art. 368 del C. de P.C., que procede “cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además “la contradicción reinante en dicho acápite,

¹³ Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2002, radicación 11001-03-26-000-2002-0010-01(22193).

¹⁴ Sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. 5326. Carbones de Colombia S.A. vs. Consorcio Dromi Prodeco Auxini.

haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago”¹⁵.

Dicho de otra manera, esta causal procede en la medida en que la contradicción sea de tal magnitud que imposibilite la ejecución de la sentencia porque como consecuencia de la contradicción, a pesar de que ha alcanzado en sentido formal la categoría de cosa juzgada “no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial)”¹⁶.

Ahora, en respuesta, en el laudo complementario del 15 de abril de 2011, el juez arbitral señaló:

La solicitud presentada por la convocada pide en primer lugar, corregir el Laudo, recalculando el valor de la condena impuesta, por cuanto el Tribunal desatendió el concepto de Factor de Utilización de “tiempo denegado a otros usuarios” y la apreciación del perito según la cual “(...) la utilización (evento que hace que la frecuencia (canal) no esté disponible para otros usuarios potenciales) se configura desde el evento de la asignación de esa frecuencia (canal) al operador”.

Así mismo, solicita la CNTV aclarar si existieron fuentes de información independiente (prueba técnica, trabajo de comprobación en campo o información suministrada por la parte) que le permitiera al Tribunal concluir que se utilizaron 717 frecuencias (...).

En todo caso se destaca que el Tribunal efectuó –de manera amplia sus consideraciones sobre la causa legal-contractual para efectuar el cobro por la asignación y uso de frecuencias, en la parte motiva del Laudo Arbitral y que el dictamen pericial, como de todo medio de prueba, debe someterse al escrutinio de la sana crítica, pues de lo contrario (o sea, aceptar de plano los conceptos y definiciones vertidas por el perito en su dictamen, sin someterlo a la valoración que ordena el artículo 214 del C. de P.C.) implica depositar en el perito la función judicial de dirimir el litigio, desplazando al juez en el ejercicio de sus atribuciones.

Por otra parte es necesario insistir en que el debate probatorio concluyó, y que el Tribunal fundó su decisión exclusivamente en las pruebas aportadas al proceso y respecto de las cuales las partes ejercieron su derecho de contradicción. En el caso relativo a la cuantificación de las frecuencias (771),

¹⁵ Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98).

¹⁶ Piero CALAMANDREI. *La casación civil*. 1961, T. II. pag. 345.

el Tribunal tomó el dictamen pericial financiero, que en la debida oportunidad procesal fue objeto de traslado a las partes para que solicitaran su aclaración o complementación, o lo objetaran por error grave.

Encuentra entonces improcedente la solicitud de la CNTV de aclaración y corrección del laudo dado que lo que busca la solicitante es reabrir el debate con argumentos de defensa utilizados en el curso del proceso que concluyó con el Laudo Arbitral dictado el 5 de Abril de 2011 –fls. 810 y 811, c.p-.

Encuentra la Sala que la primera contradicción la deduce la recurrente al confrontar las afirmaciones del dictamen pericial, de que trata el numeral primero de la parte resolutive, en punto a que la utilización de las frecuencias se configura desde su puesta a disposición del operador, para que preste el servicio en un municipio privando a otros operadores del uso del mismo canal, con la declaración del pago de lo no debido y la orden de restituir los valores pagados en exceso, de que tratan los numerales sexto y séptimo. Aspecto al que no es dable atribuir la entidad suficiente para constituir la irregularidad que, conforme con la causal invocada, daría lugar a su corrección.

En efecto, la aparente contradicción que se advierte entre estos puntos de la decisión no impide la ejecución del laudo, porque, además de que la naturaleza declarativa sobre el mérito probatorio del dictamen pericial no neutraliza ni torna contradictorias la declaración del pago de lo no debido y la ejecución de la decisión constitutiva, de que tratan los otros dos numerales, el fallo da cuenta de las razones por las cuales los árbitros no acogieron la prueba pericial en lo relativo a la aplicación del factor de utilización, cariz en el que la convocada funda la discordancia bajo análisis. Sin que le resulte posible al juez de la anulación volver sobre esas razones que apuntalan la decisión arbitral.

Y en lo relativo a la disconformidad que la recurrente advierte entre la presunción de legalidad y la falta de competencia, declaradas por el Tribunal en el punto tercero de la decisión, la declaración del pago de lo no debido y la orden de restituir lo pagado, con sujeción a la resolución 429 de 1997 y los acuerdos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión (puntos sexto y séptimo), la Sala observa que los árbitros concluyeron, en síntesis, que *“la única interpretación posible del texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 deberá hacerse por las efectivamente utilizadas*

por los concesionarios” y que los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 nada disponen sobre la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias.

Siendo así, a juicio de la Sala, no resulta posible entender la contradicción advertida por la recurrente y el ministerio público, en cuanto, a la luz de la *ratio decidendi*, se entiende de las decisiones contenidas en los numerales tercero, sexto y séptimo de la parte resolutive, que el Tribunal condicionó la aplicación de resolución n.º 429 de 1997 al entendimiento de que los pagos dispuestos en ese acto solamente tienen causa legal cuando hay transmisión efectiva de la señal, pues los efectuados sin verificarse esta condición son indebidos, al punto que deben restituirse al concesionario.

Y, habiendo entendido los árbitros que la única interpretación posible de la resolución n.º 429 de 1997 se acompasa con el pago de las tarifas por la utilización efectiva de las frecuencias por parte del concesionario, esto es por la señal cursada y, estando fundadas la declaración del pago de lo no debido y la orden de restitución en esa interpretación del Tribunal, no resulta posible sostener que se incurrió en la contradicción, de que trata la causal séptima.

En ese orden, al margen de los cuestionamientos sobre la competencia del Tribunal que acompañan el cargo en estudio, entiende la Sala que, en cuanto las decisiones contenidas en los puntos sexto y séptimo de la parte resolutive del laudo se sostienen en que los árbitros condicionaron el alcance de la resolución 429 de 1997, el cargo, en lo que se refiere a la contradicción de las mismas con la presunción de legalidad de dicho acto administrativo, también resulta infundado.

Ahora, los reparos del cargo relativos a la contradicción que la recurrente advierte entre la declaración de falta de competencia del Tribunal para controlar la legalidad de los actos administrativos que rigen el cobro de la tarifa por la asignación y la interpretación condicionada de los mismos, serán abordados en el estudio del siguiente cargo, comoquiera que viene fundado en razones que tienen que ver con que el Tribunal decidió cuestiones ajenas a su jurisdicción.

4. El cargo relativo a asuntos no sujetos a la decisión arbitral y a falta de congruencia (causal 8ª)

A juicio de la convocada, el Tribunal actuó al margen de su competencia y por tanto sobre puntos no sujetos a su decisión, en cuanto i) desconoció la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997 y de los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 de la Comisión Nacional de Televisión y ii) decidió sobre asuntos no transigibles, al concluir que la obligación de pagar las tarifas por la asignación y uso se causa por el número de frecuencias efectivamente utilizadas, esto es 771 canales y no por las cantidades que efectivamente fueron fijadas en esos actos en cumplimiento de la ley.

Al efecto, señala la recurrente que, en cuanto se trata de actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para regular la tarifa que debe pagar el concesionario por la asignación y uso de las frecuencias, los cuales se avienen en un todo con la ley que autoriza su cobro, no podía el Tribunal, sin desconocer la presunción de legalidad de que están revestidos, reconocer como inválidos los pagos por 677 frecuencias en VHF y 396 en UHF que los mismos actos asignaron para uso exclusivo del concesionario y, en cuanto los árbitros concluyeron que solamente son válidos los pagos por 771 frecuencias, se apartaron del atributo de legalidad de los actos en comento y profirieron el laudo al margen de su competencia.

En ese orden, precisó la recurrente que, actuando sin competencia *“para declarar la ilegalidad de un acto administrativo, **o incluso para desconocerlo implícita o expresamente**”* –el énfasis es del texto original, fl. 843-, por estar reservada a la jurisdicción contencioso administrativa, el Tribunal desconoció el contenido de los actos amparados por la presunción de legalidad, al interpretarlos y aplicarlos acogiendo la tesis con la que la convocante pretende apartarse del pago de la tarifa en la forma como fue fijada por la autoridad competente.

Así lo precisó la recurrente:

*“(…) Siendo así las cosas, **no es admisible que por vía arbitral, se pretenda desconocer el contenido de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad y que contenga aspectos que no son transigibles y cuya discusión y decisión se debe surtir ante una autoridad expresamente determinada por la Constitución y la Ley** –se destaca-.*

Entonces, el debate surtido en la instancia arbitral que tienda a modificar el alcance de un acto administrativo o que, por vía indirecta termine en una decisión que de manera que (sic) desconozca, omita, ignore y contravenga un

acto administrativo o los mandatos en él contenidos, es, en los términos planteados por el Consejo de Estado, susceptible de anulación por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así las cosas, en el caso que nos compete, es evidente que el asunto sometido por CARACOL a la consideración y posterior decisión del Tribunal de Arbitramento parte de la esencial consideración inicial de la existencia de normas que regulan la administración del espectro, entre las cuales se incluyen actos administrativos amparados por presunción de legalidad –como se señaló expresamente en Laudo recurrido- y sobre los que la potestad de la justicia arbitral se limita a su interpretación y estricta aplicación. Hecha esta consideración, debe precisarse que el enfoque del análisis planteado por CARACOL pretendía el estudio de argumentaciones basadas más en lo que a su juicio debió ser la mejor forma en que la CNTV y el MINTIC debieron administrar el espectro, y no en lo que constituye el marco jurídico actualmente vigente de la asignación y uso de frecuencias radioeléctricas para el servicio de televisión; es decir, el petitum de la demanda se fundó no en el “derecho que es” sino en un imaginado “derecho que debió ser”; pero lo pertinente aquí es que esta última tesis, fue la acogida por el Tribunal de Arbitramento, el cual, contradiciendo los múltiples preceptos del Consejo de Estado, optó por desconocer a ciencia y consciencia la aplicación de un mandato claro y expreso contenido en los actos administrativos que disponen los valores que deben ser pagados por los concesionarios de canales de televisión abierta de cobertura nacional por concepto de frecuencias (Resolución No. 429 de 1997 en concordancia con el PUF), y lo que debe entenderse por uso de las mismas (Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de frecuencias, emitidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante la Resolución 129 del 29 de enero de 2010) –subrayas y negrillas del texto original-.

En tal virtud, y con miras a verificar la efectiva desatención por parte del Tribunal de Arbitramento de los mandatos incluidos en actos administrativos que gozan de presunción de legalidad, y que no han sido sometidos a consideración de la jurisdicción contencioso administrativa para que eventualmente se declare lo contrario, en primer lugar es pertinente hacer referencia al contenido de la Resolución No. 429 de 1997 emitida por la CNTV, la cual –en los términos de la cláusula novena del Contrato de Concesión-, sirve como parámetro para determinar el cobro que la entidad debe hacer, por concepto de frecuencias, a CARACOL. Al respecto, la norma analizada señala de manera expresa que el operador de televisión denominado N2 (hoy CARACOL) debía pagar anualmente por 677 frecuencias en la banda VHF, con un valor unitario de \$1.241.830 y 396 frecuencias en la banda UHF, con un valor unitario de \$1.117.647 (lo anterior en cifras de 1998). Como se advierte de lo anterior, la Resolución No. 429 de 1997 prevé de manera expresa que a partir de la vigencia del Contrato de Concesión, CARACOL debía pagar las sumas allí establecidas por el uso de 1073 frecuencias (...), sin perjuicio de que dicho número, correspondiente al número

de frecuencias asignadas en 1998, pudiera ser actualizado o ampliado por la CNTV, tal y como ocurrió a través de la expedición de sendos actos modificatorios del PUF inicial (Acuerdo 021 de 1997) –fls. 840 a 844, c.p.-.

Concluyó la recurrente que, “*al inaplicar y desconocer el contenido de los actos administrativos*” que se aparta de la interpretación que los árbitros señalaron como única posible, esto es que las tarifas se pagan por la transmisión efectiva de la señal desde la estación hasta los receptores finales, el Tribunal “*cometió el yerro de concluir que el número de frecuencias utilizadas por CARACOL, es de 771*” y no las que le fueron asignadas para su uso y, haciendo caso omiso de la cláusula compromisoria, limitó u omitió el contenido de las citadas resoluciones n.º 429 de 1997 y 129 de 2010, sin que la presunción de legalidad de que gozan haya sido desvirtuada ante esta jurisdicción –fls. 845 a 847, c.p.-.

Por su parte, la convocante considera que la censura bajo estudio carece de fundamento, por cuanto el Tribunal analizó las normas de la licitación, del contrato y los actos administrativos cuya aplicación echa de menos la recurrente y da cuenta de las razones en que apoya la interpretación en el sentido de que i) el “*factor de utilización del espectro*” -entendido como la relación entre la banda abierta, el espacio geográfico y la privación del uso a otros operadores-, fue definido por el Ministerio de Comunicaciones con posterioridad a la celebración del contrato de concesión, sin que le sea dado regular la tarifas por la asignación y uso; ii) mediante la resolución 429 de 1997 la Comisión Nacional de Televisión fijó “*el valor de las frecuencias*”, “*sin relación alguna al espacio geográfico de su utilización*” y iii) los acuerdos 021 de 1997, 003 de 2009 y la resolución n.º 094 de 1997 nada disponen sobre las tarifas.

Y como se advirtió al inicio del análisis de los cargos, la Subsección A de la Sección Tercera encontró infundada la causal 8ª del recurso de anulación promovido en anterior oportunidad por la Comisión Nacional de Televisión contra el laudo proferido para dirimir, en sentido similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, las controversias entre esa entidad y RCN Televisión S.A., por el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias.

Según da cuenta la citada sentencia del 17 de noviembre de 2011¹⁷, en aquella oportunidad la recurrente adujo que el tribunal desbordó su competencia,

¹⁷ Subsección A, ponente Hernán Andrade Rincón, radicación 41029.

en tanto ordenó a la Comisión «devolver a RCN televisión el mayor valor cobrado (...) con lo que desconoció el contenido claro y expreso de los actos administrativos que regulan dicho cobro: la Resolución 429 de 1997, el Plan Unificado de Frecuencias y la Resolución 129 de 2010, emanada del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, los cuales definen que el uso de la frecuencia se da desde el momento de su asignación a algún operador y no, como se sostuvo en el Laudo "(...) por las efectivamente utilizadas por los concesionarios (...)»», "que no se trata de un asunto transigible, además de que su conocimiento está corresponde únicamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Censura que la Subsección A estudió y encontró infundada, así:

De conformidad con lo afirmado por la entidad pública convocada, el Tribunal había excedido la competencia en razón de haberse pronunciado respecto del contenido de los siguientes actos administrativos (...)

A primera vista se observa que los actos administrativos a los cuales hizo referencia la entidad recurrente nada tienen que ver con actos administrativos que comporten el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común que hubieren sido expedidos por la entidad pública convocada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, de los cuales no pudiera conocer el Tribunal de Arbitramento.

Además de lo anterior, encuentra la Sala que el Tribunal no efectuó análisis alguno de la legalidad de los mencionados actos administrativos, toda vez que realizó una labor de interpretación del contrato celebrado, a la luz del pliego de condiciones y del contenido de los actos administrativos por medio de los cuales se determinaban las tarifas correspondientes a la asignación y al uso de las frecuencias de televisión.

No obstante, no emitirá la Sala pronunciamiento alguno en relación con lo decidido por el Tribunal respecto del contenido de tales actos, por cuanto ello implicaría revisar el fondo de la decisión, lo cual se encuentra por fuera del alcance del recurso de anulación impetrado, como quiera que se trataba de actos administrativos diferentes de aquellos expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los cuales sí podían ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y decisión de los árbitros.

Así pues, no se configura en este caso la alegada causal octava, según la cual el laudo habría recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

En esas circunstancias, observa la Sala diferencias sustanciales entre el

alcance de la censura de que da cuenta la sentencia del 17 de noviembre de 2011, proferida por la Subsección A y el que ahora ocupa la atención de esta Sala, si se considera que en esta oportunidad tiene que ver con que i) las tarifas cuyo pago originaron la controversia son de naturaleza no transigible; ii) las pretensiones que correspondía resolver a los árbitros, en tanto fundadas en cuestionamientos a los actos expedidos por la convocada en ejercicio de la función legal de fijar las tarifas, se orientan a desconocer la presunción de legalidad de que están revestidos y iii) el laudo arbitral, en tanto condicionó la interpretación de las resoluciones 429 de 1997 y 129 de 2010, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, a una única interpretación posible y los inaplicó en todo aquello que se aparten del concepto de utilización de las frecuencias señalado por los árbitros, afectó la presunción de legalidad de esos actos.

Siendo así, deberá estudiar la Sala el ámbito de la causal invocada, el objeto de la controversia y las decisiones adoptadas en el laudo, de cara a establecer la sujeción del laudo a la cláusula compromisoria y al principio de arbitrabilidad objetiva, rector de la competencia arbitral. Al efecto se analizará lo relativo a los límites constitucionales y legales del poder dispositivo y la sujeción del laudo arbitral a las limitaciones que resulten aplicables en la materia sobre la que decidieron los árbitros, para pronunciarse sobre la censura elevada por falta de competencia del Tribunal Arbitral y de ser así, adoptar las medidas que correspondan.

4.1. La causal invocada

Como lo viene reiterando la jurisprudencia, esta causal se configura cuando el laudo comprendió asuntos ajenos a la cláusula compromisoria –falta de competencia del juez arbitral- o se profirió con desconocimiento del principio de congruencia –fallo *extra o ultra petita*-.

En efecto, es pacífico y reiterado el entendimiento de la jurisprudencia de la Corporación¹⁸ y de la Corte Constitucional, en cuanto a que el laudo recayó sobre

¹⁸ Cfr., entre otros pronunciamientos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencia de 15 de mayo de 1992, radicación 5326, ponente Daniel Suárez Hernández; sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de julio de 2002; radicación 21217, ponente Alier Eduardo Hernández

puntos no sujetos a decisión de los árbitros o concedió más de lo pedido, cuando se ocupó de puntos i) no susceptibles de arbitramento, por ser ajenos al poder dispositivo de acuerdo con la Constitución Política y la ley¹⁹; ii) no comprendidos en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado por las partes sobre aspectos sujetos a su disposición y iii) no propuestos en la *causa petendi*, las pretensiones y las excepciones, de manera que el laudo no se compagina con los extremos del objeto de la *litis*, porque decide por fuera o más allá de lo pedido (*ultra o extra petita*).

Y no le asiste duda a la Sala en cuanto a que, como se ha sostenido invariablemente en los múltiples fallos citados, la decisión al margen de la competencia encuadra en la primera parte de la causal, pues, bajo esta circunstancia, el laudo recae sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros y el vicio, sin perjuicio del cariz sustancial que reviste, se enmarca dentro del debido proceso y los errores de procedimiento.

No puede perderse de vista que los límites que impiden a los árbitros conocer de un asunto reservado a un procedimiento de naturaleza distinta, no solamente tienen que ver con el juez natural, sino que principalmente propenden porque el asunto no se decida a través de un procedimiento distinto del impuesto por el ordenamiento con carácter no transigible. Y en ese orden, la decisión proferida con sujeción al procedimiento no permitido por el ordenamiento, viene sancionada con nulidad por el artículo 29 constitucional.

Así, ha puesto de presente la Sala que los pronunciamientos sobre asuntos excluidos de la arbitrabilidad carecen de validez, en cuanto contradicen aspectos sustanciales y de procedimiento, propios de la garantía constitucional del debido proceso²⁰ se destaca:-

Enríquez; sentencia del 1º de agosto de 2002, radicación 21041, ponente Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 8 de junio de 2006, radicación 32398, ponente Ruth Stella Correa; sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación 33669, ponente Ruth Stella Correa; sentencia de 27 de marzo de 2008, radicación 33645, ponente Ruth Stella Correa; sentencia de 21 de mayo de 2008, radicación 33643, ponente Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 28 de enero de 2009, radicación 35262, ponente Enrique Gil Botero; sentencia de 10 de junio de 2009, radicación 35288, ponente Ruth Stella Correa; sentencia de 30 de junio de 2011, radicación 38619, ponente Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2009.

²⁰ Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

(...) cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

En ese mismo sentido ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹:

(...) hay que tener presente que la única nulidad procesal establecida expresamente por la Constitución, se origina precisamente en la violación del derecho al debido proceso: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. **¿Podrá, acaso, aceptarse que si es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, sea válido éste cuando se tramita por una vía equivocada, diferente a la que le está señalada por la ley? ¿Podrá alguien sostener que ese trámite diferente al especial que le corresponde, configura un 'debido proceso'?** (...).

Tampoco es admisible invocar la primacía del derecho sustancial (consagrada en el artículo 228 de la Constitución), para concluir que si al fin y al cabo el juez dice el derecho, administra justicia, no importa que lo haya hecho por un camino equivocado. Razonando así quedaría al arbitrio de las partes, y en últimas del juez, el escogimiento de la vía procesal. Es más: podría el juez modificar por su sola voluntad los procedimientos, conclusión que debe rechazarse. No hay que olvidar que si los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, no pueden apartarse de ella bajo ningún pretexto. Hay que tener presente que el derecho al debido proceso, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución, es un verdadero derecho sustancial (...).

Obsérvese que la primacía de la ley sustancial, vale decir, de los derechos reconocidos por ella, no pugna con el debido proceso. No de otra manera puede entenderse que la misma norma que reconoce tal primacía, ordene cumplir la garantía constitucional del debido proceso, respetar el derecho de defensa y mantener la igualdad de las partes. En conclusión, el que las normas procesales sean el medio para el reconocimiento de los derechos que surgen de la ley sustancial, y tal reconocimiento sea el fin, no implica que ellas sean de una categoría inferior.

²¹ Sentencia C-407 del 28 de agosto de 1997.

Asimismo, ha precisado la Corte Constitucional que la falta de competencia atañe a errores de procedimiento que pueden ser controlados a través del recurso de anulación, en cuanto no resulta posible reservar con exclusividad a los árbitros la definición de su competencia.

En estos términos se pronunció la Corte –se destaca-²²:

a) *El principio kompetenz-kompetenz.*

*(...) Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). **Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998).***

4.2. Límites de la jurisdicción y competencia arbitral

De conformidad con las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares solamente pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley.

En consecuencia, los árbitros, aunque particulares transitoriamente investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, habilitados mediante un acuerdo de voluntades contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria que sustrae de la jurisdicción común un litigio para ser decidido por los particulares investidos temporalmente de jurisdicción. Función sustentada en el principio de arbitrabilidad,

²² Cfr., Sentencia SU-174 de 2007.

conforme con el cual la misión de resolver conflictos se limita a los derechos sobre los que rige la libre disposición, lo que supone la capacidad general o jurídica y especial o legitimación para disponer en el caso particular, amén del poder o facultad legal o convencional atendiendo a la naturaleza del derecho.

Y en esa misma línea, destaca la jurisprudencia que, en virtud del principio de arbitrabilidad objetiva *–ratione materiae–*, la competencia de los árbitros está vedada en los asuntos ajenos al poder de disposición, bien porque no se es titular del derecho o interés particular o el asunto no es transable o renunciabile; tal sucede cuando el conocimiento de un determinado asunto está reservado a la jurisdicción estatal, v. g., en los casos del control de legalidad de los actos administrativos y de las obligaciones en las que va envuelto el orden público, como se analiza enseguida.

4.2.1. Límites a la competencia arbitral en materia de legalidad de los actos administrativos

Con sujeción a las disposiciones del decreto 2279 de 1989, en el que viene fundada la causal bajo estudio, “[p]odrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico” –art. 1º–.

De tiempo atrás viene señalando esta Corporación que el orden jurídico, en tanto de carácter imperativo, es indisponible, como sucede en lo relativo a la legalidad de los actos administrativos y la jurisdicción competente para controlarla, sin perjuicio de que, en los términos de la ley, los árbitros puedan conocer de los efectos económicos que esas decisiones están llamadas a producir.

Así, en lo que atañe a la actividad contractual del Estado, la Sección Tercera ha destacado que los juicios de legalidad de los actos administrativos relativos al ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración no competen a los árbitros, porque se trata de asuntos por fuera del poder de disposición de las partes²³, sin perjuicio de los pronunciamientos sobre la validez y los efectos que

²³ Cfr., entre otros pronunciamientos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de septiembre de 1968; auto del 2 de noviembre de 1977,

les son dados en relación con otros actos administrativos de naturaleza contractual.

En efecto, en ese sentido se pronunció la Sala sobre la competencia de los árbitros en materia de actos relativos a la actividad contractual de las entidades estatales²⁴:

A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).

Asimismo, ha puesto de presente la Corporación que, además de que la competencia arbitral está sujeta a la ley, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política reservó a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la facultad de controlar la legalidad de los actos administrativos²⁵:

radiación 2356, ponente Jorge Valencia Arango y sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente Germán Rodríguez Villamizar.

²⁴ Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, radicación 36252, ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, Germán Rodríguez Villamizar.

Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (artículos 236 a 238 Constitución Política), "...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado..." (artículo 82 Código Contencioso Administrativo).

Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos (...).

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

En idéntico sentido, la jurisprudencia, en materia de constitucionalidad de las leyes, ha mantenido invariable el criterio según el cual el control de legalidad de los actos administrativos es ajeno a la competencia arbitral, dada la indisponibilidad de las normas de orden imperativo, del ejercicio de las potestades públicas y de la reserva de la jurisdicción.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, al decidir la exequibilidad condicionada de los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, que tratan de la

conciliación en asuntos administrativos²⁶:

B. Indisponibilidad del orden jurídico.

“Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya “ius cogens” o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fué ilegal, por el sólo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones. No pudo ser éste el querer del legislador autor de la Ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad.

Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado y profundizado por la Corte Constitucional, al señalar el carácter indisponible del ejercicio de las potestades públicas, de la legalidad de los actos administrativos y de la reserva de su control, en la jurisdicción estatal.

Así lo ha sostenido la Corte –se destaca²⁷:

Los actos administrativos. El control de legalidad

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de constitucional del 12 de diciembre de 1991.

²⁷ Cfr., Corte Constitucional, sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 de 2007.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición (...).

Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.

Y al decidir sobre la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, para sustituir la referencia expresa a que el arbitraje procede en “asuntos susceptibles de transacción”, disponiendo que los árbitros podrán ser habilitados en “los términos que señale la

ley”, la Corte Constitucional reiteró que, en cuanto el arbitramento se rige por los criterios constitucionales de habilitación voluntaria, temporalidad y excepcionalidad, no puede desplazar la jurisdicción permanente del Estado, ni recaer sobre bienes o intereses jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de los particulares.

En ese sentido, el siguiente pronunciamiento de la Corte²⁸ -se destaca-:

5.- El arbitramento constituye un mecanismo jurídico “en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”²⁹. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sus características centrales son las siguientes³⁰:

(i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la Constitución (art.116 CP), a través del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia.

(ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación (art.116 CP), lo cual supone que “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”³¹. De esta manera, “la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros”³². No obstante, la jurisprudencia ha advertido que “si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que determine la ley” (C.P. art. 116)³³.

(iii) Es un mecanismo de carácter temporal (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores” (C.P. art. 113)³⁴.

²⁸ Sentencia C-713 de 2008, ponente Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997.

³⁰ [Cita del texto transcrito:] Se siguen aquí los criterios trazados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-330 de 2000 y C-1038 de 2002, entre otras.

³¹ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional Sentencia C-294 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía

³² [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional Sentencia C-1038 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³³ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada, entre otras, en las Sentencias C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett y C-961 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(iv) Es excepcional, pues así lo establece expresamente el artículo 116 de la Carta. Sin embargo, más allá del argumento normativo, esta característica se explica si se tiene en cuenta que **“existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”**³⁵.

(v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”³⁶.

6.- En materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, y concretamente en el arbitraje, el Constituyente otorgó al Legislador un amplio margen de configuración, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia “en los términos que determine la ley”. Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación³⁷. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha advertido que “la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia”³⁸.

Con fundamento en lo anterior, **la Corte ha avalado aquellas regulaciones sobre arbitraje que se ajustan a los parámetros constitucionales antes mencionados**³⁹, pero cuando los mismos se ven afectados (por ejemplo su carácter excepcional⁴⁰ o el principio de voluntariedad⁴¹), no ha dudado en declarar su inexequibilidad.

Ahora, en lo que tiene que ver con el alcance de la reserva del control de legalidad de los actos administrativos y los límites a la competencia arbitral en esta materia, ha precisado esta Corporación que, en virtud del principio de no negociabilidad de las potestades públicas, no les es dable a las entidades dejar de ejercerlas, transigir su ejercicio o transferir a los árbitros el control de legalidad de sus decisiones, en cuanto a éstos le está vedado desconocerla, implícita o expresamente.

³⁵ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2001, MP. Carlos Gaviria Díaz.

³⁶ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

³⁷ [Cita del texto transcrito:] Cfr. Sentencias C-242 de 1997, C-098 de 2001, entre otras.

³⁸ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001, MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³⁹ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencias C-961 de 2006, C-098 de 2001, C-1436 de 2000, C-163 de 1999, C-248 de 1999 y C-294 de 1995, entre otras.

⁴⁰ [Cita del texto transcrito:] Corte Constitucional, Sentencia C-1038 de 2002.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencias C-060 de 2001 y C-242 de 1997.

Así lo ha reiterado esta Sección⁴²:

La Corporación ha considerado que las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio. Sobre el punto, en sentencia de ocho de junio de 2000, la Sala precisó lo siguiente:

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad”⁴³.

En la misma línea, la Corporación ha señalado que el laudo recae sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros cuando materialmente produce efectos en detrimento de la presunción de legalidad, aunque no contenga pronunciamientos expresos y formales sobre ese atributo del acto administrativo.

En este sentido ha entendido la Sección⁴⁴:

Por consiguiente, cuando en el laudo se afirma que, al contrario de lo sostenido por la recurrente, el contratista sí cumplió con las obligaciones a su cargo, entre ellas la atinente a la financiación de la obra, si bien no se hace un pronunciamiento expreso y formal, respecto de la legalidad del acto administrativo por el cual la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada declaró en forma unilateral el incumplimiento del consorcio contratista, materialmente el laudo impugnado produce esos resultados, en

⁴² Cfr., sentencia del 4 de julio de 2002, radicación 21217, ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido: sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 8 de junio de 2000, radicación 16973, ponente Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 23 de agosto de 2001, radicación 19090, ponente María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 4 de julio de 2002, radicación 21217, ponente Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 4 de julio de 2002, radicación 19333, ponente Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de julio de 2002, radicación 22195, ponente Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia del 9 de octubre de 2003, radicación 16718, ponente Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 11 de marzo de 2004, radicación 25021, ponente María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 14 de abril de 2005, radicación 25489, ponente Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho de junio de 2000, expediente 16.973, actor: Consorcio Amaya - Salazar.

⁴⁴ Sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente Germán Rodríguez Villamizar.

la medida en que, en la práctica, deja sin efectos la decisión administrativa en referencia, al trasladar la censura y responsabilidad del incumplimiento contractual allí declarado, del consorcio contratista hacia la entidad contratante, con detrimento de la presunción de legalidad que ampara a aquel acto.

Dicho de otra manera, en el fondo el Tribunal de Arbitramento terminó entonces conociendo y decidiendo acerca de una materia expresamente excluida de su competencia en la cláusula compromisoria y, al propio tiempo, igualmente a él vedada por recaer sobre los efectos no susceptibles de transacción de un acto expedido por la entidad contratante en ejercicio del poder público del que legalmente se hallaba investida.

Por esas mismas razones, se ha señalado, también, que los árbitros no tienen competencia para conocer de las pretensiones que involucran o implican el análisis de legalidad de las decisiones sobre las que versa la controversia.

Así lo precisó la Sección Tercera, al anular un laudo proferido para dirimir controversias originadas en la decisión de repartir dividendos en una entidad estatal, por encontrar que los árbitros decidieron puntos ajenos a su competencia, en cuanto implicaban análisis relativos a la legalidad de la decisión del órgano societario⁴⁵:

Con independencia de que sea o no acertado el fondo de las anteriores consideraciones del Tribunal Arbitral y sin entrar a una valoración del caso concreto, advierte la Sala que la materia sobre la cual descansa la controversia, según el laudo arbitral atacado, más allá de un simple conflicto entre los socios y la sociedad por la interpretación de unas normas de los estatutos, involucra un análisis acerca de la legalidad o ilegalidad de las decisiones que tomó la Asamblea General de Accionistas y que constan en las citadas actas.

Es decir, (...) una vez decretados los dividendos el accionista inconforme que se crea lesionado en un derecho por violación a la ley o a los estatutos tiene como única vía judicial la de ejercer la acción de impugnación ante dichas autoridades para obtener su nulidad y la indemnización de perjuicios, y no una acción ordinaria para perseguir la redistribución utilidades o dividendos adicionales (...).

En consecuencia, considera la Sala que en el caso concreto los árbitros no tenían competencia para conocer de las pretensiones de la demanda, por cuanto se trataba de controvertir las decisiones de las asambleas de accionistas de la ETB de los años 2004, 2005 y 2006, materia que fue

⁴⁵ Sentencia del 19 de agosto de 2009, radicación 34595, ponente Ruth Stella Correa Palacio.

expresamente sustraída de la justicia arbitral, según los preceptos del estatuto mercantil y del procedimiento civil a los cuales se hizo arriba referencia, que, por ser atributivos de competencias, ostentan la naturaleza de normas de orden público, imperativas e indisponibles por parte de los particulares y, por ende, de estricto acatamiento, so pena de que su inobservancia acarree consecuencias negativas, como la nulidad del laudo arbitral, pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, cuando los árbitros se pronuncian sobre asuntos que son ajenos a su competencia y para los cuales no estaban expresamente habilitados por la ley, resuelven sobre puntos no sujetos a su decisión, supuesto que encaja en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

En suma, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos no son arbitrables, sin perjuicio de los pronunciamientos sobre la validez y efectos de las decisiones de naturaleza contractual ajenas al ejercicio de los poderes excepcionales atribuidos a la entidad estatal, de conformidad con los criterios expuestos.

4.2.2. Límites a la competencia arbitral en materia de obligaciones impuestas por leyes en las que va envuelto el orden público

Conforme lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las controversias originadas en materia de las obligaciones impuestas por leyes en cuya observancia está interesado el orden público, escapan a la decisión de los árbitros, en cuanto su disposición no atañe exclusivamente al interés individual del renunciante.

En este sentido ha reiterado la Corte⁴⁶ –se destaca–:

(...) el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro.

A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad. De conformidad con este principio, dispone el artículo 15 del Código Civil:

⁴⁶ Cfr., sentencias C-294 de 1995 y SU-174 de 2007.

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por "las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil.

Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1o. del decreto 2279 de 1989, establece: "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico". Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2o. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción". Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas".

En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.

Restricciones semejantes han sido prácticamente universales. Así, el artículo 806 del Código Italiano de Procedimiento Civil, de 1940 (...)

Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando sólo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, **someter la controversia originada en tal obligación** a la decisión de árbitros? (...).

En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución (...).

A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la

Constitución.

Y a juicio de la Sala resulta claro que las controversias originadas en obligaciones impuestas por la ley, en las que va envuelto el orden público, como las atinentes al uso de los bienes públicos, sobre las que el fisco o el sujeto recaudador no tiene la facultad de renunciar o transigir escapan a la competencia de los árbitros.

4.3. La cláusula compromisoria y la *litis* sometida a decisión de los árbitros

La Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. convinieron en someter a la decisión de los árbitros las controversias relativas al contrato, su ejecución y su liquidación.

En efecto, da cuenta la cláusula 40 del contrato n.º 136 de 1997, que suscribieron:

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 Bogotá, D.C., lugar en el cual funcionará 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; 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 Santa Fe Bogotá; c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y efectos de la cláusula de caducidad.

Las partes convocaron el Tribunal de arbitramento, a instancias de Caracol Televisión S.A., para dirimir controversias originadas en i) el pago de una obligación que entendieron contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión y ii) gastos de operación del objeto contratado, en lo que tiene que ver con pago de lo no debido y restitución de lo pagado en exceso, reconocimiento de gastos extraordinarios y condena al pago de intereses.

En efecto, según las pretensiones de la convocante, ya transcritas, el Tribunal

fue convocado para decidir que i) la convocante pagó un mayor valor por la obligación de que trata la cláusula novena del contrato n.º 136 de 1997; ii) la convocada debe restituir el mayor valor recibido por la susodicha obligación, actualizado y con intereses moratorios y iii) en desarrollo del objeto, la concesionaria incurrió en gastos extraordinarios que la concedente debe pagarle, con intereses de mora.

En la causa petendi, Caracol Televisión S.A. invocó i) la celebración del contrato n.º 136 de 1997; ii) *“el Marco legal de las frecuencias atribuidas, adjudicadas y asignadas al servicio de televisión”*, integrado por la Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, *“el decreto 1274 de 1997”*, expedido por el Ministerio de Comunicaciones para reordenar el espectro radioeléctrico, los acuerdos 021 de 1997, 34 de 1998 y la resolución 094 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para adoptar los planes de ordenamiento del espectro radioeléctrico y de utilización de frecuencias y iii) la *“administración de frecuencias, fijación de tarifas y forma de pago de las frecuencias”*, para destacar que, de conformidad con la Ley 182 de 1995, le corresponde a la Comisión Nacional de Televisión administrar las frecuencias, fijar los derechos, tasas y tarifas que debe percibir por la asignación y uso de las frecuencias, con sujeción a los criterios establecidos en la Ley y al concesionario pagar la obligación que, según la ley, se causa por *“la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”* y no por el total de las frecuencias asignadas, como lo viene cobrando la Comisión Nacional de Televisión, con fundamento en la resolución 429 de 1997.

Aspectos sobre los cuales sintetizó la convocante –se destaca–:

Es claro entonces que:

- a. *La Ley 182 de 1995 indicó que la Comisión Nacional de Televisión fijaría el valor de las tarifas por concepto de frecuencias:*
- b. *La misma ley indicó que la fijación de tarifas y su cobro, se haría teniendo en cuenta los criterios establecidos en el propia (sic) Ley 182 de 1995.*
- c. *La CNTV en ejercicio de la facultad legal conferida a través de la Ley 182 de 1995, expidió la Resolución 429 de 18 de septiembre de 1997 a través de la cual fijó las tarifas anuales para las frecuencias asignadas a los canales nacionales de operación privada según el “Plan de Utilización de Frecuencias” (PUF).*

- d. Al momento de expedirse la Resolución 429 del 18 de septiembre de 1997, no se tenía certeza ni del cubrimiento, ni de las frecuencias que efectivamente utilizaría el operador en la ejecución del contrato.
- e. Según la Ley 182 de 1995 las tarifas se causan **“por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”** (literal c) del artículo 48 y literal b) del artículo 16).

A lo largo de la Concesión, la CNTV ha cobrado a los concesionarios, por concepto de tarifas de frecuencias, todas aquellas frecuencias que aparecen en la Resolución 429 de 1997.

A través de la anterior operación la Comisión Nacional de Televisión está cobrando a los Concesionarios un mayor valor por concepto de la obligación de pago por la asignación y uso de frecuencias, debido a lo siguiente:

1. **La ley es clara en determinar que el cobro de la tarifa se causa por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio, y no por la simple asignación de éstas, como equivocadamente lo ha cobrado la CNTV.**
2. Adicionalmente, el número de frecuencias mencionadas en la Resolución 429 de 1997, no son: (i).- ni las realmente asignadas a cada uno de los operadores, y (ii).- ni las efectivamente utilizadas por el concesionario –fl 8, c. 1-.

En ese mismo orden concluyó la convocante que, en cuanto el pliego de condiciones y el contrato celebrado prevén el pago por la asignación y uso de las frecuencias, se entiende que el concesionario debe pagar por las asignadas y utilizadas bajo el entendido de que, de conformidad con el literal c) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, la obligación “se causa por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”, para lo cual considera necesario distinguir las siguientes situaciones:

- a. Que la señal se transmite a través de las denominadas “estaciones transmisoras”, y cada estación trasmisora utiliza una sola frecuencia o canal;
- b. Que según la metodología desarrollada en el “Plan de Utilización de Frecuencias”, a CARACOL TELEVISIÓN S.A. se le asignaron 145 frecuencias, de las cuales 68 se asignaron en VHF y 72 en UHF.
- c. Que según lo legal y contractualmente acordado, CARACOL

TELEVISIÓN S.A. tiene la obligación de cubrir municipios que cuenten con más de 20.000 habitantes y,

- d. Que según lo legal y contractualmente acordado, a CARACOL TELEVISIÓN S.A. solo se le puede cobrar por aquellas frecuencias asignadas y que, además, esté utilizando efectivamente.*

Por lo anterior, para el cobro por la asignación y uso de las frecuencias, debe seguirse alguno de los siguientes criterios:

- 1. Cobrar las frecuencias asignadas al Concesionario, y utilizadas en las estaciones transmisoras; o*
- 2. Cobrar las frecuencias asignadas al Concesionario, según el "Plan de utilización de frecuencias", o*
- 3. Cobrar las frecuencias asignadas al concesionario y utilizadas en municipios de más de 20.000 habitantes; o*
- 4. Cobrar las frecuencias asignadas al concesionario y utilizadas en municipios de más de más de 20.000 habitantes y de menos de 20.000 habitantes.*

La CNTV al facturar mensualmente a los concesionarios el valor que se causa por concepto de frecuencias, se limita a facturar sobre todas las frecuencias que aparecen mencionadas en la Resolución 429 de 1997; es decir, cobra tantas frecuencias como municipios existen en Colombia que son 1073; adicionalmente, tampoco repara en si dichas frecuencias están asignadas a municipios con más de 20.000 habitantes, o si ellas son efectivamente utilizadas por el Concesionario –fl. 12, c.1.-

Finalmente, Caracol Televisión S.A. adujo que, en cuanto la Comisión Nacional de Televisión adelantó el proceso licitatorio sin tener en cuenta que la infraestructura existente no era adecuada para prestar el servicio en todo el país, el uso de las frecuencias asignadas comportaría a la concesionaria incurrir en gastos extraordinarios para instalar las antenas necesarias para que los usuarios pudieran recibir su señal de televisión.

Al contestar la demanda, la Comisión Nacional de Televisión puso de presente que la *causa petendi* contenía cuestionamientos orientados a controvertir la legalidad de los actos administrativos expedidos para regular las tarifas que debe pagar Caracol Televisión S.A., no sujetos a la decisión de los árbitros.

Así, después de afirmar que la Ley 182 de 1995 le asigna las funciones de

administrar y gestionar el espectro electromagnético y fijar las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias, mismas que ejerció a través de actos administrativos revestidos de presunción de legalidad, la convocada manifestó que “...ninguna de las consideraciones en torno al adecuado o supuestamente cuestionable método de asignación y consecuente cobro de frecuencias que la Comisión Nacional de Televisión ejerció a través de los correspondientes **actos administrativos** (todos ellos, dicho sea de paso, previos a la presentación de la oferta que dio origen al contrato de concesión), es susceptible de revisión en la instancia arbitral y que, por consiguiente, pese a la inclusión de dichas reflexiones y comentarios en el escrito de convocatoria, este trámite será abordado por CNTV en cuanto corresponda al sometimiento de una disputa en torno a la interpretación y ejecución del contrato y la sujeción de éstas a la Ley y los actos administrativos que rigen la materia. Así... las consideraciones de la convocante en relación con el supuesto inadecuado enfoque de esas normas y los actos administrativos que las desarrollan no serán objeto de discusión, por lo que respetuosamente, haremos referencia a esta circunstancia en respuesta a cada uno de los hechos que desvíe el análisis hacia una discusión de los actos de la administración” -el énfasis es del texto original, fls. 130 y 131, c.2-.

Fundada, en síntesis, en razonamientos del orden expuesto, la convocada invocó como excepciones i) la presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos para regular las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias que debe pagar Caracol Televisión S.A., ii) la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de la resolución 429 de 1997, el acuerdo 021 de 1997 y los demás actos que regulan el cobro de las tarifas de que se trata y iii) *“el contenido de la obligación contractual y legal de pagar por la asignación y uso de las frecuencias al concesionario”*, señalando que en tanto los cobros se ajustan a la resolución 429 de 1997, el concesionario pagó lo debido.

Y, en la primera audiencia de trámite, del 5 de mayo de 2010, el Tribunal declaró su competencia para conocer y decidir en derecho las controversias en los términos en que fueron sometidas a su decisión por las partes, fundada en los siguientes razonamientos:

Opina el Tribunal que los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional de Televisión y que dieron lugar a los efectos respecto de los cuales se contraen las pretensiones invocadas por la convocante, no fueron expedidos en ejercicio de poderes o con base en cláusulas exorbitantes,

excepcionales al derecho común. Para el Tribunal tales pretensiones tienen claro contenido económico y carácter particular con origen en una relación contractual específica.

Al examinar las pretensiones formuladas en el presente proceso encuentra el Tribunal que las mismas además de ser susceptibles de transacción se encuentran dentro del alcance de la cláusula compromisoria, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

En efecto, observa el Tribunal que las pretensiones de la demanda que dio inicio a este trámite, no reclaman de este Tribunal pronunciamiento alguno sobre la legalidad de actos administrativos. Por lo mismo, y sin perjuicio del posterior análisis y decisión del Tribunal sobre la excepción de mérito denominada "Presunción de legalidad de los Actos mismos" propuesta por el apoderado de la convocada, advierte el Tribunal, a los efectos del estudio sobre su competencia en este estado del proceso, que no realizará juicio alguno sobre la legalidad de los actos administrativos mencionados por el apoderado de la convocada al formular la excepción, puesto que, de conformidad con las pretensiones de la demanda y los hechos en que la misma se sustentan, el debate sólo se circunscribe a la aplicación e interpretación de dichos actos administrativos en la ejecución del contrato de concesión suscrito por las partes, aspectos éstos para cuyo conocimiento el Tribunal tiene plena competencia –fls. 250 y 251, c.1-.

Planteados los extremos de la *litis* en los términos expuestos, la Sala abordará el análisis encaminado a establecer si i) la obligación en la que se originó la controversia sometida a la decisión arbitral es de aquellas sobre las que no se tiene el poder de disposición, ii) la decisión de las pretensiones y excepciones implicaba decidir sobre la legalidad de actos administrativos de naturaleza distinta a la contractual y iii) los efectos del laudo desconocen o alteran la presunción de legalidad de los actos, pues, ante cualquiera de estas circunstancias, no le asiste duda a la Sala respecto de que la decisión recayó sobre asuntos ajenos a la jurisdicción arbitral, al margen del análisis o valoración de las razones en que el Tribunal haya apoyado su competencia y la decisión proferida. Pues al juez estatal le corresponde, en esta oportunidad, establecer la sujeción del laudo a los límites de la competencia, sin adentrarse en las razones en las que el Tribunal fundó las decisiones.

4.3.1. El laudo recayó sobre controversias relativas a una obligación que compromete el orden público que la autoridad que tiene a cargo su gestión y recaudo no puede transigir o renunciar, ajenas a la competencia

arbitral

La recurrente funda la censura en el hecho de que los árbitros desconocieron actos administrativos revestidos de la presunción de legalidad, expedidos para regular “aspectos que no son transigibles y cuya discusión y decisión se debe surtir ante una autoridades expresamente determinada por la Constitución y la Ley”, como “los valores que deben ser pagados por los concesionarios de canales de televisión abierta de cobertura nacional por concepto de frecuencias”, conforme con las disposiciones de las resoluciones 429 de 1997 y 129 del 29 de enero de 2010, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones -fls. 843 y 844, c.p-.

Y observa la Sala, sin dificultad, que en cuanto la obligación de pagar las tarifas por el uso y asignación de las frecuencias, objeto de la controversia, es impuesta por una ley en la que está interesado el orden público, se trata de un asunto no transigible.

En los términos de los artículos 76 y 77 constitucionales, el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la intervención, gestión y control del Estado.

La Ley 182 de 1995, que reguló la intervención del Estado en el espectro electromagnético, i) impuso la obligación de pagar por la asignación y uso de las frecuencias destinadas al servicio público de televisión; ii) fijó los criterios con sujeción a los cuales deben determinarse las tarifas por ese concepto; iii) mandó que la Comisión Nacional de Televisión fije y cobre las tarifas y que el concesionario las pague, al margen del contrato, en cuanto le corresponde a la autoridad definir las mediante decisión regulatoria y, asimismo, la concesión consiste en una autorización que puede ser otorgada mediante acto unilateral del Estado, para el caso la licencia y iv) dispuso que la Comisión Nacional de Televisión gestione e intervenga en el espectro electromagnético, en nombre del Estado, sin autorizarla para transigir sobre la obligación de que se trata.

Así lo dispone la Ley en comento –se destaca-:

*ARTICULO 4o. objeto. Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer, **en representación del Estado** la titularidad y reserva del servicio*

*público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, **en los términos de la Constitución y la ley.***

ARTICULO 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: (...)

g) Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.

Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la Comisión Nacional de Televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.

Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, canon o derecho que corresponda a la Comisión.

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes (...).

ARTICULO 12. Funciones de la Junta Directiva. Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

a) *Adoptar las medidas necesarias para desarrollar el objeto y las funciones constitucionales y legales de la entidad;*

b) *Fijar las tarifas, tasas y derechos a que se refiere la presente Ley, de conformidad con los criterios establecidos en la misma (...).*

ARTICULO 16. Patrimonio. El patrimonio de la Comisión Nacional de Televisión estará constituido:

a) *Por el monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los operadores privados, como consecuencia del otorgamiento y explotación de las concesiones del servicio público de televisión;*

b) *Por el monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los operadores privados, como consecuencia de la asignación y uso de las frecuencias, el cual se pagará anualmente (...).*

Asimismo, en los términos del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, “[e]l otorgamiento de la concesión por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión por contrato o licencia, dará lugar al pago de una tarifa que será independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”.

Y no le cabe la menor duda a la Sala, en cuanto a que en las disposiciones de la Ley 182 de 1995, relativas a la obligación de pagar por la asignación y uso de las frecuencias, está interesado el orden público. No solo por el carácter imperativo que las caracteriza, sino, principalmente, porque i) son expresión de la facultad de intervención que la Constitución Política reservó al Estado –arts. 76, 77, 365 y 334-; ii) se refieren al uso de un bien público inalienable e imprescriptible, al cual el particular solamente puede acceder de manera onerosa y, ii) asimismo, tienen que ver con el orden público económico, en el que se sustenta la consecución de los fines estatales del servicio de televisión.

Ahora, en cuanto la ley manda que la Comisión Nacional de Televisión fije la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias, con sujeción a los criterios legales, la decisión en la materia reviste la naturaleza de una decisión unilateral de la administración. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la resolución n.º 0429 de 1997, expedida por la autoridad competente antes del otorgamiento de la

concesión, para ser aplicada a cualquier persona interesada en la asignación y uso de los canales allí señalados.

De donde no resulta posible el entendimiento de que se trate de una obligación de orden contractual, así haya sido incorporada al contrato de concesión celebrado entre las partes con posterioridad a la expedición del acto administrativo, como da cuenta de ello la cláusula novena:

VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO: La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución No. 0429 de 18 de septiembre de 1997 de LA COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida

Las tarifas asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N2 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias (anexo No. 3 del pliego de condiciones) –fl. 7, c.2-.

Para la Sala esta disposición convencional, en cuanto se limita a remitir al acto administrativo que regula la materia, no muda la naturaleza no transable de la obligación impuesta por la ley de orden público, ni podría hacerlo. De donde la sola circunstancia de haberse traído al texto contractual no la sujeta a la voluntad de las partes ni transmuta su naturaleza imperativa y ajena al contrato. De suerte que la cláusula compromisoria no habilitó al Tribunal para conocer de litigios que comprometan el pago de la tarifa, pues resulta claro que no se trata de una prestación convencional, en cuanto ubicada al margen de la autonomía de la voluntad.

4.3.2. El laudo recayó sobre actos administrativos cuya legalidad no es susceptible de pronunciamiento arbitral

La resolución 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 fueron expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para fijar las tarifas por la asignación, el uso y adoptar el plan de utilización de las frecuencias, en ejercicio de del mandato de intervención del Estado en el espectro electromagnético y en el servicio de televisión a su cargo, de que tratan las disposiciones de los artículos 76, 77, 334 constitucionales, la Ley 182 de 1995 y al margen de la relación contractual que vincula a las partes en el litigio arbitral.

En ese orden, no les resultaba posible a los árbitros pronunciarse sobre la validez y efectos de esos actos administrativos, en tanto no comprendidos en la categoría de los contractuales en los que se admite la arbitrabilidad, de conformidad con los criterios ya expuestos.

Empero, observa la Sala que el Tribunal decidió sobre pretensiones que necesariamente involucran pronunciamientos sobre la legalidad de los citados actos administrativos no contractuales, al punto que el laudo produce efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997, como se analiza a continuación.

4.3.2.1. En los términos de la *causa petendi* propuesta por la convocante, no resulta posible decidir sobre las pretensiones sin tocar la legalidad de los actos administrativos cuestionados

La recurrente adujo a lo largo del trámite arbitral y, asimismo, sostiene en la censura bajo estudio que, en cuanto las pretensiones se fundan en razones orientadas a enervar la legalidad de los actos administrativos expedidos para regular la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse en la materia.

Observa la Sala que la convocante fundó las pretensiones relativas a que se declare que pagó un mayor valor a la Comisión Nacional de Televisión por la asignación y uso de las frecuencias y se ordene los reembolsos, en cuestionamientos que tienen que ver con que las tarifas cobradas al amparo de la resolución 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009, en cuanto no consultan el criterio de utilización efectiva de la frecuencia, no se acompasan con el hecho generador o la causación dispuesta por la Ley 182 de 1995, esto es no se ajustan a la ley.

Planteada en esos términos la *causa petendi*, no les resultaba posible resolver de fondo las pretensiones formuladas a la convocada sin tocar la legalidad del acto administrativo, no solo porque a los árbitros no les es dado apartarse de la causa para pedir -en el caso relacionada exclusivamente con cuestionamientos a las metodologías y criterios utilizados para fijar y cobrar las tarifas-, sino, sobre

todo, porque cualquiera haya sido la decisión, involucra la legalidad del contenido del acto administrativo que tiene como único propósito fijar las tarifas a cobrar, en cuanto mecanismo idóneo para ejercer la facultad atribuida al órgano competente en materia regulatoria para cobrar la tarifa, al margen de la relación contractual.

Y ni siquiera le es dado a la Sala el entendimiento de que las controversias para las que fue convocado el Tribunal recaen simplemente sobre un estipendio de orden contractual, pues la obligación de que trata el litigio no es de esa raigambre, amén de que, en el mismo ámbito del contrato, las partes se atuvieron, para todos los efectos, a lo que la resolución n.º 429 de 1997 y el Plan de Utilización de Frecuencias disponen en la materia, como corresponde, si se considera que no le es dable al órgano encargado de la intervención estatal renunciar, transigir o transferir el ejercicio de la función de regulación a su cargo en materia de las tarifas cuyo pago se cuestiona a lo largo del *sub judice*.

Siendo así, la Sala concluye, sin hesitación, que no le resultaba posible al Tribunal decidir sobre los pagos efectuados por la convocante y concluir su exceso, por haberse aplicado un criterio que, a juicio de la convocante, no se compagina con la causa legal, porque para el efecto debió pronunciarse o afectar la presunción de legalidad del acto, por cuya virtud no le quedaba sino concluir que los actos administrativos expedidos para fijar la tarifa y adoptar el Plan de Utilización de Frecuencias, se sujetan en un todo a la causa dispuesta en la ley para el cobro.

4.3.2.2. El laudo arbitral produce efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997 de la Comisión Nacional de Televisión

A juicio de la recurrente, en cuanto el Tribunal inaplicó el acto administrativo expedido para fijar las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias en todo aquello que se aparte de la única interpretación que los árbitros consideraron posible, esto es la utilización entendida como la transmisión efectiva de la señal desde la estación hasta los receptores finales, afectó la presunción de legalidad de las disposiciones de la resolución n.º 429 de 1997, conforme con las cuales se entiende que Caracol Televisión S.A. debe pagar por la totalidad de las frecuencias que le fueron asignadas para su uso, esto es por las 1073 de que trata

el acto y no solamente por la cantidad señalada por los árbitros.

Entiende la Sala que, en cuanto sin competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que estableció las tarifas, al Tribunal no le era posible pronunciarse sobre su legalidad por ser este un atributo de que goza la decisión administrativa al margen de la decisión arbitral.

En el caso por el que se procede, señala el laudo arbitral que:

Del texto de la Resolución 429 de 1997, concluye el Tribunal que:

- (i) En este acto administrativo se establece el valor unitario de las frecuencias previamente asignadas a los canales N1 y N2 en el PUF y “de las cuales harán uso los operadores privados del servicio público de televisión”.***
- (ii) Que ningún referente, distinto a la formulación pura y simple de los valores unitarios por frecuencias, se utilizan por la CNTV al expedir el acto administrativo en cita.***
- (iii) Que la claridad de las previsiones consignadas en la Resolución 429/97, no admite interpretación extensiva a supuestos distintos a los expresamente consignados en su texto, por lo que mal pudiera el Tribunal, como intérprete de su contenido, “adicionar” el acto administrativo con hipótesis de cobro no previstos en él.***
- (iv) Que por lo anterior, la única interpretación posible el texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 deberá hacerse por las efectivamente utilizadas por los concesionarios.***
- (v) Que, tal como lo estableciera el Tribunal, de conformidad con las pruebas recaudadas en el trámite, en los términos del contrato de concesión No. 136 de 1997, se entiende por uso efectivo de las frecuencias asignadas al canal N2, la utilización de la frecuencia (canal) “desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal”. Es decir desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación. Como se trata de un sistema de comunicaciones hay elementos básicos: un emisor (la estación transmisora), el medio de transmisión (el espacio en la zona de cobertura) y receptores actuales o potenciales, ubicados dentro del área de cobertura”. (Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, pág. 15, respuesta a la solicitud No. 1, lit. g. de la convocante).***
- (vi) Que, de conformidad con la prueba pericial financiera y contable practicada en el proceso, actualmente el concesionario utiliza, en los términos antes establecidos, 771 frecuencias en la prestación del servicio público de televisión y en consecuencia, debe, a la***

luz de la ley, los reglamentos y el contrato, pagar los valores correspondientes, según su fijación en la Resolución 429/97 –el énfasis es del texto original, fls. 760 y 761-.

Y en cuanto a la defensa relativa a la presunción de legalidad y falta de competencia, el Tribunal consideró que “...**la excepción propuesta debe prosperar, por cuanto sabido es que en la instancia arbitral no es dable pronunciarse sobre la validez de actos administrativos, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para interpretar el marco normativo regulador del vínculo contractual –incluyendo el PUF y la Resolución 429-, pues es una facultad inherente a la labor judicial** (sic)” –negritas del texto original, fl. 783-.

Con fundamento en las anteriores razones, el Tribunal i) se pronunció sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, ii) declaró el pago de lo no debido y iii) ordenó reembolsar el valor de las tarifas pagadas con sujeción a la resolución 0429 de 1997, en los siguientes términos –se destaca-:

Tercero: Declarar probadas las excepciones de mérito propuesta (sic) por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, denominadas “1. **Presunción de legalidad de los Actos Administrativos y la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997)**” y “Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas.” **Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo (...).**

Sexto: Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.

Séptimo: Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$13.607.823.120), correspondiente a capital y su actualización a la fecha de este Laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecución de este Laudo.

De donde huelga concluir que el Tribunal, i) declaró la presunción de legalidad del acto, condicionada a las razones expuestas en la parte motiva, esto es a que la única interpretación posible es la de que el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2, (asignados a RCN Televisión S.A. y a Caracol Televisión), debe hacerse **“por las efectivamente utilizadas por los concesionarios”**; ii) declaró que el cobro de las tarifas, fijadas por la resolución 0429 de 1997, sin sujeción a la interpretación a la que condicionó la aplicación de ese acto, excede la obligación impuesta por la ley y regulada mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y iii) ordenó reembolsar el valor de una obligación legal, tasada por el órgano competente, de naturaleza no negociable o transigible.

Siendo así, a la Sala no le asisten dudas en cuanto a que el Tribunal condicionó la legalidad de la resolución 429 de 1997 a que se entienda que las tarifas de que trata solamente tienen causa legal, esto es sólo se ajustan a la ley que dispuso su cobro, cuando el concesionario ha utilizado las frecuencias mediante la transmisión efectiva de la señal desde la estación hasta los receptores finales.

Advierte la Sala que el tipo de condicionamiento al que el Tribunal sometió la interpretación y aplicación de la resolución n.º 429 de 1997 produce, materialmente, efectos similares a los de las decisiones de legalidad condicionada que le corresponde decidir al juez de lo contencioso administrativo y que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido en su sede, en los siguientes términos⁴⁷ –se destaca–:

La disposición regulatoria acusada permite dos interpretaciones: i) la expuesta por la CREG en su defensa en este proceso, que como se vio supone la contradicción con el marco legal expuesto y ii) una segunda conforme a la cual este precepto sólo puede aplicarse bajo el entendido que la exigencia contenida en el literal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 no se predica de los transmisores constituidos con anterioridad a la expedición de la ley 143, en tanto frente a ellos se aplica lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143 de 1994.

Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, radicación 16257, ponente Ruth Stella Correa Palacio. Se omiten las citas de pie de página del texto transcrito. En el mismo sentido, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio de 2011, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, radicación 32018.

ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas.

Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que – contrario sensu- **es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como guardián de la legalidad administrativa** en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. (...)

La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, **se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada,** incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso.

La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia.

En tal virtud, la Sala acoge parcialmente el concepto de la Procuraduría Novena Delegada ante esta Corporación y, en consecuencia, declarará ajustado a derecho el segmento normativo del acto acusado, bajo el entendido que el mismo respeta lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143.

4.4. Conclusión

Establecido, como está, que, en el caso concreto i) las controversias sometidas al Tribunal de arbitramento versan sobre una obligación ajena al poder

dispositivo; ii) no resulta posible decidir las pretensiones y las excepciones sin pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo expedido al margen del contrato n.º 136 de 1997, para regular la tarifa cuyo pago se controvierte y iii) las decisiones del Tribunal producen efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997, la Sala encuentra fundada la causal invocada por la recurrente, en cuanto el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros.

5. Efectos de la nulidad del laudo arbitral

Al tenor de las disposiciones del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998, “[c]uando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, [se] declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará”.

Empero, advierte la Sala que los errores de procedimiento relativos a la falta de competencia están sancionados con la nulidad procesal por el artículo 29 Constitucional, como ya se expuso en esta providencia.

Y en esa misma línea, ha sostenido esta Corporación que cuando el tribunal adopta decisiones que no le correspondía proferir, se impone la corrección mediante la nulidad parcial del laudo o total, si está afectado íntegramente por ese vicio.

Así lo ha reiterado la Sección Tercera⁴⁸:

En relación con los efectos cuando se configura la causal de nulidad del laudo arbitral del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la Sala precisó:

“...cuando se configura esta causal, “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, y que refleja el desbordamiento de su competencia por parte del tribunal de arbitramento, lo que verifica el juez del recurso es que los árbitros expidieron disposiciones que no les correspondía adoptar y que por lo tanto, deben desaparecer del laudo, en caso de que se trate de una nulidad parcial del mismo [corrección], o que conducen a que sea declarado nulo en su

⁴⁸ Sentencia del 19 de agosto de 2009, ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente 34595.

totalidad, si el vicio lo cobija íntegramente; por esta razón, resulta improcedente la solicitud del recurrente que alega esta causal, y pide que una vez declarada la nulidad del laudo, se acceda a sus pretensiones, pues esa no es la consecuencia que se desprende de la configuración de la misma, la cual no da lugar a que el juez del recurso extraordinario de anulación profiera nuevas decisiones que reemplacen a las que sean declaradas nulas, en caso de prosperar el recurso; como lo ha dicho la Sala

(...)

“(...)

“Significa lo anterior, que la regla general, es que el laudo arbitral será anulado por el juez del recurso siempre que encuentre configurada alguna de las causales taxativamente contempladas por la ley, excepto en los eventos en los que la misma autoriza su corrección; es decir que, como lo manifestó la Sala en la providencia citada, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, en concordancia con lo establecido en el último inciso del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, no procederá la declaratoria de nulidad del laudo arbitral cuando se advierte la existencia de errores aritméticos o disposiciones contradictorias, pues en tal caso procederá la corrección de estas irregularidades y el laudo subsistirá; así mismo, si se trata de disposiciones que desbordaron la competencia del tribunal de arbitramento, habrá lugar también a corregir el laudo, pero en este caso, tal corrección consistirá en la declaratoria de nulidad parcial, que recaerá exclusivamente sobre tales disposiciones, subsistiendo el laudo arbitral en lo demás; y finalmente, si el vicio advertido es el de no haber decidido los árbitros sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto, procederá, ahí sí, el juez del recurso, a **adicionar el laudo**, resolviendo aquellos extremos que fueron omitidos, único medio, en este caso, de efectuar la corrección del error in procedendo en que incurrió el laudo, que en este caso resulta viciado no por exceso, sino por defecto de la decisión; así lo ha establecido la Sala en otras ocasiones...”⁴⁹ (Subraya la Sala).

Para decirlo de otra forma, si el vicio de “...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 1993), cobija íntegramente el laudo arbitral por desbordamiento total de la competencia por parte del tribunal de arbitramento, tiene por efecto la declaratoria de nulidad de todo el laudo, pues, en estos eventos la corrección o remedio del error in procedendo es la supresión de la parte viciada y el aniquilamiento de sus efectos, pero no se cuenta con la posibilidad de sustituir la decisión o adoptar nuevas decisiones que remplacen las que sean declaradas nulas, facultad esta última que sólo está prevista para cuando el vicio es el de no haber decidido los árbitros sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto (No. 9 *ibídem*).

Por manera que, no existe habilitación para entrar en el fondo del asunto y dictar un nuevo fallo total a la manera de una segunda instancia, dado que

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de abril de 2008, Exp. 34.072, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

ese no es el sentido ni la naturaleza, según se explicó al comienzo de esta providencia, del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, remedio previsto para examinar que el proceso arbitral se prosiguió legalmente y que lo resuelto se ajustó y respetó los límites fijados a los árbitros, y en donde el juez de este medio de impugnación tiene un poder restringido para establecer nuevas disposiciones que no puede ejercer sino en los precisos eventos que la ley lo permite.

En el caso que ocupa su atención en esta oportunidad, observa la Sala que i) la causal 8ª de anulación está dirigida contra las decisiones contenidas en los puntos tercero, sexto y séptimo de la parte resolutive del laudo, referidas a la presunción de legalidad de los actos administrativos que regulan el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias, a la declaración del pago de lo no debido y a la orden de reembolsar al concesionario tarifas pagadas y ii) el vicio de falta de competencia afecta solamente esas decisiones y no la totalidad de la parte resolutive del laudo. En consecuencia, procede la anulación parcial, como se expone enseguida.

Del numeral tercero de la parte resolutive del laudo se anulará la expresión que declara probada la excepción *“de presunción de legalidad de los actos administrativos”*, esto es del acuerdo 021 de 1997, demás normas que lo complementan o modifican y de la resolución n.º 429 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, por recaer este punto del laudo sobre un asunto no sujeto a la decisión de los árbitros.

También se anulará los numerales sexto y séptimo del laudo arbitral, en cuanto contienen decisiones que producen efectos que afectan materialmente la presunción de legalidad de la resolución n.º 429 de 1997 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, ajena a los asuntos arbitrables, como se dio cuenta de ello en esta sentencia.

No se pronunciará la Sala sobre las decisiones del numeral tercero que declaran probadas las excepciones de *«la falta de competencia del Tribunal para juzgar la legalidad de los mismos (Acuerdo 021 de 1997 y demás actos que lo complementan, modifican y sustituyen hasta hoy; Resolución 429 de 1997)”* y *“Inexistencia de causa para la pretendida ‘restitución’ (pretensión quinta) de supuesto [sic] gastos extraordinarios en antenas de usuarios, incurridos por el concesionario, presuntamente por razón de las frecuencias asignadas...»* ni

respecto de los demás puntos de la parte resolutive del laudo, en cuanto i) la declaración de falta de competencia del Tribunal se acompasa con las razones por las que procede la anulación parcial y ii) las decisiones relativas al reconocimiento de gastos extraordinarios por la instalación de antenas para la prestación del servicio de televisión, recaen sobre asuntos ajenos a la obligación de pagar la tarifa por la asignación y uso de las frecuencias, no censurados.

Y en cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998, la nulidad de que se trata no acarrea la pérdida de los honorarios de los árbitros, el punto no amerita pronunciamiento en la parte resolutive.

6. Costas

Al tenor de las disposiciones de los artículos 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998 y 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1395 de 2010, no se condenará en costas procesales en cuanto se declarará fundado el recurso de anulación.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión contra el laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y Caracol Televisión S.A., relativas al pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias, por el cargo correspondiente a la causal del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es *“haber*

recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, de conformidad con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **ANULAR** las siguientes decisiones contenidas en los puntos tercero, sexto y séptimo del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A. relativas al pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias.

Del numeral tercero de la parte resolutive del referido laudo, **SE ANULA** la expresión que declara probada la excepción denominada “1. Presunción de legalidad de los Actos Administrativos”, esto es del acuerdo 021 de 1997, demás normas que lo complementan o modifican y de la resolución n.º 429 de 1997, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Asimismo, **SE ANULA** íntegramente las decisiones contenidas en los puntos sexto y séptimo del laudo bajo estudio, que disponen:

Sexto: *Declarar que CARACOL TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.*

Séptimo: *Condenar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a CARACOL TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$13.607.823.120), correspondiente a capital y su actualización a la fecha de este Laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecución de este Laudo.*

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado