

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Contra laudo arbitral de 3 de abril de 2013 de tribunal de arbitramento / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESION - Operación y explotación comercial del servicio público de televisión local en Bogotá / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Regulación legal / COMPETENCIA - Unica instancia proferidas en conflicto de contratos estatales

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Autoridad Nacional de Televisión, contra el laudo proferido el 3 de abril de 2013 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998. 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 –hoy Autoridad Nacional de Televisión- y la Casa Editorial El Tiempo S.A. –actualmente CEETTV 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, conforme lo preceptúan 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 NUMERAL 5 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13 / ACUERDO 55 DE 2003

COMPETENCIA DE ARBITROS - Transitoriamente están investidos para administrar justicia / ARBITROS - Ejercen función jurisdiccional / ARBITROS - Se constituyen en juez arbitral por acuerdo de voluntades en un contrato o en cláusula compromisoria

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.

PRINCIPIO DE ARBITRABILIDAD OBJETIVA - Ratione materiae / PRINCIPIO DE ARBITRABILIDAD OBJETIVA - La competencia de los árbitros está vedada en asuntos ajenos al poder de disposición

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, del ejercicio de la función de intervención del Estado en el espectro electromagnético, en la prestación del servicio público de televisión y

de las obligaciones en las que va envuelto el orden público.

PODERES DEL JUEZ EXTRAORDINARIO - Se rigen por el principio dispositivo / RECURSO DE ANULACION - Atiende al fin de garantizar la eficacia del ordenamiento superior / RECURSO DE ANULACION - Concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo / RECURSO DE ANULACION - Procedente por irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias

Si bien los poderes del juez extraordinario se rigen por el principio dispositivo, debe considerarse que el recurso de anulación atiende al fin de garantizar la eficacia del ordenamiento superior, de manera que, además de proteger el debido proceso y el derecho a la defensa a los que sirven las causales enlistadas, debe asegurar la prevalencia del orden imperativo, para el efecto la declaración oficiosa de la caducidad, la falta de competencia y la nulidad absoluta. Cuando estos asuntos no han sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral. (...) Deber este último que viene dispuesto por los artículos 228 y 230 constitucional, en cuanto someten al juez al imperio y la prevalencia del derecho sustancial, cualquiera sea la providencia que deba proferir. Ahora, para la Sala resulta claro que los principios dispositivo que rige el recurso de anulación y de habilitación de la jurisdicción arbitral que la Constitución Política confirió a la autonomía privada no constituyen límites absolutos, al punto de impedirle al juez extraordinario ejercer los poderes oficiosos, a los que se hizo mención, para el caso, la nulidad absoluta, como lo dispone el ordenamiento. (...) Y a juicio de la Sala esto es así, por varias razones. Primero, porque en lo que se refiere a los principios de habilitación y el dispositivo, debe considerarse que i) la facultad de imponer límites al juez para impedir la eficacia del orden imperativo, no se comprende en la autonomía de la voluntad privada, si se considera que, al tenor de las disposiciones del artículo 16 del Código Civil, “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” y ii) el poder de disposición que le asiste a las partes se agota en la facultad de proponer las pretensiones o formular excepciones, según el caso, referir los hechos y traer las pruebas. Sin vincular al juez con las transgresiones del orden público en que se incurrió en la celebración del contrato, modificación, ejecución o liquidación, que, además, originaron las controversias sometidas a la decisión arbitral. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la finalidad del recurso de anulación, consultar sentencia de 3 de mayo de 2013, Exp. 45007, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

JUEZ EXTRAORDINARIO - Deberes

Siendo claro el alcance de los principios de imperio y prevalencia del derecho sustancial, a los que la Constitución Política sujeta las decisiones judiciales, en lo que tiene que ver con la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales, abiertamente contrarias al ordenamiento superior, así como de los mandatos contenidos en los artículos 44, 45 de la Ley 80 de 1993; 87, 136 del Código Contencioso Administrativo, modificados por los artículos 32, 44 de la Ley 446 de 1998; 306 del Código de Procedimiento Civil y 20 del Decreto 2651 de 1991, huelga concluir que así deberá proceder el juez extraordinario, cuando quiera que encuentre que las disposiciones que le corresponde interpretar

y hacer prevalecer, no pueden ser tenidas como marco para la decisión en cuanto habrán de ser expulsadas del ordenamiento contractual.

FUENTE FORMAL - LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 87 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 20 / DECRETO 2651 DE 1991

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Bien público sujeto a intervención estatal / INTERVENCION DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Compete a la Comisión Nacional de Televisión

Conforme el artículo 75 constitucional, el espectro electromagnético, en tanto bien público inalienable e imprescriptible, está sujeto a la intervención del Estado con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de acceso, el pluralismo informativo, la libre competencia y evitar las prácticas monopolísticas en su uso.(...) A la Comisión Nacional de Televisión, como la ley llamó al organismo de que tratan los artículos 76 y 77 constitucionales, le correspondió ejercer la función de intervención en el espectro electromagnético, utilizado para la prestación del servicio público, incluyendo la dirección de la política, la regulación, la planeación y la ejecución de programas relativos al servicio público, entre las cuales se comprende, al tenor las disposiciones de la Ley 182 de 1995, la función de fijar la tarifa o derecho que debe pagar el concesionario por la autorización que le permite operar y explotar el servicio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 77 / LEY 182 DE 1995

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Su prestación corresponderá por concesión / CONTRATO DE CONCESION - Para servicio de televisión a entidades públicas, particulares y comunidades organizadas / CONCESION – Definición

La Constitución política no reservó al Estado la prestación de los servicios públicos, sino que autorizó que sean prestados por este, “directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” –art. 365-. Igualmente, la Ley 182 de 1995, si bien sometió el servicio público de televisión a “la titularidad, reserva, control y regulación del Estado”, estableció que su prestación –se destaca- “corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política” –art. 1º-. Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 46 de la ley en cita, se comprende, sin dificultad, que el alcance de la concesión, a través de licencia o del contrato, se circunscribe a una autorización de carácter individual que otorga el Estado, a través de la Comisión Nacional de Televisión, para que un operador privado use el espectro electromagnético operando y explotando el servicio público de televisión. Y abundantes disposiciones de la Ley 182 de 1995 reiteran la exigencia de que la concesión, mediante contrato o licencia, sea otorgada para prestar el servicio público de televisión en condiciones de libre y leal competencia –arts. 29, 35 y 37, entre otros-.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 35 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 37

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Su prestación no se reservó al Estado / CONTRATO DE CONCESION O LICENCIA - Autorizaciones individuales para que el particular lo opere y explote / CONTRATO DE CONCESION - El concesionario no asume prestación para el Estado / CONTRATO DE CONCESION - Resultan ajenas las obligaciones pecuniarias a cargo de la entidad estatal concedente / CONCESIONARIO – Por virtud de la ley debe pagar una tarifa por la concesión de la operación y explotación del servicio de televisión / TARIFA POR SERVICIO DE TELEVISION - Debe fijarla la autoridad reguladora / TARIFA - No resulta de la licitación ni es criterio de adjudicación

El ordenamiento no reservó al Estado la prestación del servicio público de televisión, se comprende, entonces, que esa misma ley haya definido la concesión, mediante licencia o contrato, como una autorización administrativa individual para que el particular opere y explote, por su cuenta y riesgo, bajo la regulación, la vigilancia y el control del Estado. De donde no resulta posible el entendimiento de que en virtud del contrato de concesión, sujeto a los alcances del artículo 46 de la Ley 182 de 1995, el concesionario asuma una prestación para el Estado, que deba ser remunerado por este. Razón por la que resultan ajenas al contrato de concesión, en los términos de la norma citada, las obligaciones pecuniarias a cargo de la entidad estatal concedente. Pero es que, además, la Ley 182 de 1995 impone directamente al concesionario la obligación de pagar una tarifa por la concesión de la operación y la explotación del servicio de televisión, que debe ser fijada por la autoridad reguladora.(...) la Ley 182 de 1995 reservó, de manera enfática y reiterativa, a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de la facultad de regulación que los artículos 75 y 365 constitucionales ponen en cabeza del Estado, la función de definir la tarifa o derecho que debe pagar el beneficiario de la autorización estatal, con sujeción a criterios que van más allá de los que inciden en la formación de un precio -costos, gastos y la utilidad del contratista, con interacción de la oferta y la demanda-. Disposiciones que no autorizan delegar la función en un tercero y que imponen tarifas iguales, para cada uno de los titulares de concesiones equivalentes. Criterio legal que no deja la menor duda en cuanto a que la tarifa no resulta de la licitación ni es un criterio de adjudicación. De donde carece de objeto convocar a una licitación para que el concesionario oferte la tarifa previamente fijada por la Comisión Nacional de Televisión, para otro operador en igualdad de condiciones; más, sin embargo, en cuanto la ley obliga a que se realice la licitación, se entiende que para ofertar los otros criterios, determinantes para la licitación al margen de la tarifa.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 75 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 365

CONTRATO DE CONCESION - Celebrado en vigencia de Ley 182 de 1995 / CONTRATO DE CONCESION - Estableció que la escogencia de los operadores zonales se haría por licitación pública / ADJUDICACION CONTRATO DE CONCESION - Se hará en audiencia pública no en subasta pública / SUBASTA PUBLICA – Requiere negociación del precio

Se comprende, entonces, por qué el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, vigente cuando se celebró el contrato n.º 167 de 1998, estableció que –se destaca- “[l]a escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública”, pues mientras que en el primero de estos procedimientos la adjudicación procede por

criterios que tienen que ver con la organización, prestación del servicio y protección de los principios que la sujetan -señalados en la misma ley-, es de la esencia del funcionamiento de la subasta la negociación del precio. Igualmente, la Ley 182 de 1995 dispuso que en la concesión del servicio de televisión “[n]o habrá lugar a la reversión de los bienes de los particulares –se destaca-. Sin embargo, la Comisión Nacional de Televisión podrá acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos y condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes”.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 48

REMUNERACION CONTRATO DE CONCESION - No la asume a su cargo el Estado / REMUNERACION CONTRATO DE CONCESION - No consiste en un precio sino en tarifa fijada por autoridad regulatoria / TARIFA CONTRATO DE CONCESION - No remunera la infraestructura para que operador privado preste servicio de televisión por no haber reversión

Contrato de concesión de que se trata i) tiene como objeto el de autorizar individualmente la operación y explotación del servicio de televisión, sin que el Estado asuma a su cargo remuneración alguna; ii) el concesionario contrae la obligación de pagar la tarifa o derecho por la autorización por ministerio de la ley, una vez adjudicada la prestación; iii) la remuneración no consiste en un precio, sino en una tarifa que habrá de ser fijada por la autoridad regulatoria, en función de la cobertura geográfica, la población total, el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, la recuperación de los costos del servicio público y la participación en los beneficios que obtenga el concesionario, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio, así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos y iv) la tarifa no remunera la infraestructura requerida para que el operador privado preste el servicio, en cuanto no hay lugar a la reversión, sino la autorización conferida por el Estado para la operación y explotación del servicio. Razones por las cuales se comprende por qué las disposiciones legales trascritas pusieron en cabeza del Estado la fijación de la tarifa, sin que la función le pueda ser trasladada a un tercero.

EQUILIBRIO FINANCIERO - Elemento de los contratos conmutativos / CONTRATO CONMUTATIVO - Las partes asumen obligaciones recíprocas y equivalentes fundadas en su autonomía / CONTRATO DE CONCESION - El Estado solo asumió autorizar al concesionario la operación y explotación del servicio

Siendo el equilibrio financiero un elemento de la esencia y por ende exclusivo de los contratos conmutativos, esto es, de aquellos en los que las partes asumen obligaciones recíprocas y equivalentes fundadas en su autonomía, no resulta posible predicar tal característica de la autorización para la operación y explotación privada del servicio de televisión, porque, aunado a las características legales referidas a que la remuneración consiste en una tarifa que debe ser fijada por la autoridad regulatoria con sujeción a los criterios definidos por la ley, en todo caso ajenos a la conmutatividad propia de las prestaciones sinalagmáticas, en el particular contrato de concesión cuyo estudio ocupa a la Sala el Estado no asume prestación distinta a la de autorizar al concesionario la operación y explotación del servicio, en condiciones de libre competencia, acorde a los riesgos del negocio que este asume. Siendo así, no resulta posible concluir, fundado en las disposiciones de los artículos 3º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993 y 2º de la Ley 680 de 2001 –este último para la concesión de espacios de los canales nacionales de

operación pública- y en razón de la ejecución de la prestación del servicio de televisión, el derecho a la revisión del precio y al restablecimiento del equilibrio económico, pues claramente la Ley 182 de 1995 impuso al concesionario la obligación de pagar la tarifa que debe fijar la autoridad reguladora con sujeción a los criterios legales, sin autorizar que se delegue esa función o que se revise la tarifa por razones asociadas al criterio de conmutatividad propio de las prestaciones y contraprestaciones equivalentes y a la ejecución del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 680 de 2001 - ARTICULO 2 / LEY 182 DE 1995

REGULACION DE LA TARIFA SERVICIO DE TELEVISION - Renunciada por la Comisión Nacional de Televisión y a cargo del concesionario por utilizar el espectro electromagnético

Observa la Sala que en el Otrosí n.º 4 de 2009 sub judice la Comisión Nacional de Televisión, i) renunciando a lo que no le era permitido, esto es al mandato de los artículos 75, 76 y 365 constitucionales y de los citados artículos 4º, 5º y 48 de la Ley 182, que le impuso la regulación de la tarifa a cargo del concesionario por la utilización del espectro y la autorización para prestar el servicio, al margen del contrato y sin que para el efecto cuente la dirección de un tercero y ii) haciendo uso de un elemento de conmutatividad, ajeno al régimen legal del contrato de concesión de que se trata y a los criterios establecidos en la Ley 182 de 1995 para la fijación de la tarifa, convino en la negociación de un precio y no en una tarifa regulada para remunerar la concesión, como lo exigen los artículos 5º y 48 ibídem. Nótese, además, que lo anterior comportó trasladar al Estado los riesgos propios del negocio, que debe asumir y gestionar el prestador en condiciones de libre competencia.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 48 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 5

NEGOCIACION Y REVISION DEL PRECIO DEL CONTRATO DE CONCESION - Adicionado por las partes apartándose de la ley / REDUCCION DE TARIFA DEL CONTRATO DE CONCESION - Se redujo por acuerdo de las partes constituyendo un incentivo perverso

Las partes adicionaron al contrato n.º 167 de 1998 la cláusula octava del Otrosí n.º 4 con la que se convino en la negociación y revisión de un precio, apartándose de los criterios exigidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995. Esto es así, porque se convino en que, tanto el “precio” base como el final se determinen, exclusivamente, en proporción a la Inversión Neta real en Publicidad en Televisión abierta, nacional, regional y local-INPTV, esto es, descontados los costos de inversión y los gastos de administración y operación. Y no solo eso, también, se confirió a un auditor la función de determinar ese ingreso y se convino en que el concesionario no asume la obligación de pagar el precio que fije la Comisión Nacional de Televisión apartándose del ingreso establecido por el auditor. Al punto que para poder definir la tarifa que legalmente le corresponde fijar tuvo que acudir al juez arbitral, porque precisamente se despojó de esa función, arguyendo, además, en la causa petendi que las estipulaciones convenidas en ese sentido tornan vulnerable la remuneración que debe fijar en favor del Estado, en tanto constituyen un “incentivo perverso” para que se reduzca artificialmente la tarifa que, de acuerdo con la ley, ella debe fijar para que sea pagada por el

concesionario.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 5

PRECIO DE LA CONCESION - En la prórroga se estableció en una proporción de la inversión neta / PRECIO DE LA CONCESION - Se estipuló descontados los costos de inversión y los gastos / TARIFA - No se fijó / PRECIO - Fijado en función de riesgos propios de un mercado de libre competencia / CLAUSULA OTROS SI - Vulnera regulación legal por renunciar la autoridad regulatoria a la tarifa por servicio de televisión contratado

El referido modelo de valoración, que hace parte integrante del contrato, da cuenta de que el precio base de la concesión durante la prórroga se estableció exclusivamente en una proporción de la Inversión Neta en la Pauta Publicitaria de Televisión-INPTV, esto es descontados los costos de inversión y los gastos. Además de que, como lo manifestaron las partes, no se trata de una tarifa sino de un precio fijado específicamente en función de los riesgos propios de un mercado en libre competencia, esto es de la disputa por la comercialización de la pauta publicitaria entre los distintos competidores y del derecho que les asiste a los usuarios de elegir libremente el prestador del servicio de publicidad de sus productos o servicios. En ese orden, para la Sala es claro que, de la simple confrontación con las disposiciones de los artículos 75 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995, las estipulaciones de la cláusula octava del Otrosí n.º 4 de 2009 resultan abiertamente contrarias al ordenamiento, en cuanto la Comisión Nacional de Televisión, sin estar legalmente autorizada, renunció a la función de regular la tarifa de la concesión con sujeción a los criterios definidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, conforme con los cuales el concesionario debe pagar una tarifa fijada por la Comisión Nacional de Televisión, en su condición de autoridad regulatoria, atendiendo a los criterios de cobertura geográfica, población total, ingreso per cápita en el área de cubrimiento, recuperación de los costos del servicio público; participación en los beneficios que obtenga el concesionario, según la cobertura geográfica y audiencia potencial del servicio, así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION NACIONAL – ARTICULO 365 / CONSTITUCION NACIONAL – ARTICULO 75 / LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 5 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 29 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 35 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 37 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 46 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 48

FIJACION DE LA TARIFA - Subordinada por la autoridad regulatoria a un tercero / TARIFA DEL SERVICIO - Se sometió a una conmutatividad ajena a los criterios legales so pretexto de fijar un precio a partir de un modelo de mercado

Y, en defecto del ejercicio de la función legalmente atribuida, la Comisión Nacional de Televisión subordinó la fijación de la tarifa a la decisión de un tercero, en cuanto, contrariando los artículos 75 y 365 de la Constitución Política, 5º y 48 de la Ley 182 de 1995, convino en que, a pesar de tener a su cargo la regulación estatal que le impone el deber de fijar el estipendio que debe pagar el concesionario, no puede adoptar una decisión administrativa distinta de la que determine el auditor contratado por particulares y que la que fije apartándose de ese criterio no obliga al concesionario, además de que sometió la tarifa a una conmutatividad ajena a los criterios legales dispuestos para su fijación, so pretexto de haber estimado el

precio a partir de un modelo de mercado, sin considerar los demás criterios legales y que la obligación de pagar la tarifa por la autorización para operar y prestar del servicio fue impuesta por la ley y, en virtud de la autorización conferida, el concesionario no asume prestación alguna que el Estado deba remunerarle. Además de que con estas mismas estipulaciones contractuales se desconoce abiertamente el alcance de la concesión definido en el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 y se vulneran las disposiciones de los artículos 29, 35 y 37 de la Ley 182 de 1995, que exigen que el prestador asuma la operación y explotación del servicio en condiciones de libre competencia, a las cuales resulta abiertamente contrario que el Estado asuma el riesgo del negocio, esto es la gestión del servicio en cabeza del particular y el comportamiento de la demanda de la pauta publicitaria que deben disputarse los prestadores en un ambiente de libre y leal competencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 5 / LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 48

RIESGOS DEL NEGOCIO DEL SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - No debe asumirlos el Estado sino el particular / TARIFA DE PRORROGA DE LA CONCESION - La habilitación no puede ser definida por árbitros, dado que es ajeno a su poder dispositivo el ejercicio de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético

A juicio de la Sala, una cosa es el criterio legal de que la tarifa se fije teniendo en cuenta la participación en los beneficios que los concesionarios deriven de la concesión y otra, extraña a ese criterio, es que, por ese hecho el Estado deba asumir directamente los riesgos del negocio, esto es los derivados de la gestión del particular y del comportamiento de la demanda de la pauta publicitaria. Del otorgamiento de la concesión, definida legalmente como una autorización para que un particular preste el servicio por su cuenta y riesgo, en condiciones de libre competencia, no resulta posible que el Estado asuma los riesgos de la prestación de ese servicio. Si, de conformidad con la Constitución y la ley, el particular asume la prestación y los riesgos del negocio, no resulta posible trasladarle estos últimos al Estado mediante la tarifa que debe fijarse para el contrato de concesión del servicio de televisión. Y, finalmente, con la pluricitada cláusula octava del Otrosí n.º 4 la Comisión Nacional de Televisión habilitó que la tarifa de la prórroga de la concesión sería definida por los árbitros, esto es trasladó a la decisión arbitral un asunto ajeno a su poder dispositivo, como lo es el ejercicio de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético, a través de la regulación. En efecto, al tenor de las disposiciones del artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 y conforme con la reiterada jurisprudencia, son arbitrables las controversias sobre asuntos comprendidos en el poder de disposición de las partes, de las cuales se excluyen las que tienen que ver con el ejercicio de la función de intervención del Estado a través de la regulación y las obligaciones impuestas por leyes en las que está interesado el orden público.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 – ARTICULO 1

FALTA DE COMPETENCIA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION - De regular la tarifa de concesión para el uso del espectro electromagnético, destinado al servicio público de televisión / TARIFA DE LA CONCESION - Debe pagarla el concesionario / FALTA DE COMPETENCIA ARIBTRAL - No está dentro de órbita regular la tarifa de concesión para uso del espectro electromagnético

Se concluye, sin hesitación, que con la cláusula octava del Otrosí n.º 4, las partes se ocuparon tanto de la negociación del precio de la prórroga de la concesión, como de habilitar mecanismos para solucionar las controversias que la aplicación de la metodología y el criterio de conmutatividad convenidos para la fijación del precio pudieran suscitar, incluida la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, al que finalmente acudieron las partes en aplicación de las mentadas estipulaciones y que profirió el laudo objeto del recurso de anulación en este proceso. A la Sala no le asiste la menor duda en cuanto a que i) la facultad de regular la tarifa de la concesión para el uso del espectro electromagnético destinado al servicio público de televisión y ii) la obligación de pagarla que la ley le impone al concesionario, en tanto expresión de la facultad de intervención que los artículos 75, 76 y 365 constitucionales y la Ley 182 de 1995 ordenan al Estado mantener, son ajenos al poder de disposición de la Comisión Nacional de Televisión y a la competencia arbitral. En este sentido, la Sala reitera los criterios jurisprudenciales conforme con los cuales la facultad de regular las tarifas por el uso del espectro electromagnético destinado a la prestación del servicio de televisión y las controversias originadas en el ejercicio de esa función no son arbitrables. Siendo así, se concluye, sin hesitación, que la competencia atribuida por la Comisión Nacional de Televisión para que, al tenor de las estipulaciones convenidas en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión 167 de 1998, las controversias originadas en la fijación de la tarifa con subordinación a los criterios de conmutatividad y los discrecionales fijados por un particular sean sometidas al conocimiento arbitral, resultan abiertamente contrarias a los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 5 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 29 / LEY 182 DE 1995 ARTICULO 48 / DECRETO 2279 DE 1989 – ARTICULO 1

CONTROVERSIAS POR USO DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - No compete al juez arbitral pronunciarse sobre la validez de las estipulaciones contractuales en esta materia / COMPETENCIA DE JUEZ ESTATAL – Pronunciarse sobre la función de regular la tarifa y controversias originadas por uso del espectro electromagnético

En ese mismo orden, para la Sala resulta claro que, en cuanto la facultad de regular la tarifa por el uso del espectro electromagnético destinado a la prestación del servicio público de televisión y las controversias originadas en el ejercicio de esa función son ajenas al principio de arbitrabilidad, en relación con la competencia para pronunciarse sobre la validez de las estipulaciones contractuales convenidas al margen del ordenamiento en esa materia, no le son aplicables al juez del recurso extraordinario los límites que tienen que ver con que no puede trascender a los aspectos sustanciales de la controversia, pues siendo ajena a los árbitros la competencia para pronunciarse sobre la función de regular la tarifa y las controversias originadas en su ejercicio, no cabe el entendimiento de que al pronunciarse sobre la nulidad de las estipulaciones contractuales convenidas en esa materia el juez estatal esté sustituyendo a los árbitros.

ESTIPULACIONES CLAUSULA OCTAVA OTROSI - La Comisión Nacional de Televisión subordinó la función de regular la tarifa de la concesión del espectro electromagnético a la voluntad privada de un tercero / NULIDAD ABSOLUTA DE CLAUSULA OCTAVA OTROSI – Por violación de la Ley 182 de 1995 y Decreto 2279 de 1989 / PROCESO ARBITRAL Y LAUDO – Se dejan sin efectos por violación a normas legales.

Establecido como está que, con las estipulaciones convenidas en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998, la Comisión Nacional de Televisión subordinó la función de regular la tarifa de la concesión del espectro electromagnético a la voluntad privada de un tercero; definió un precio con criterios ajenos a los establecidos legalmente y habilitó la posibilidad de que las controversias sobre la fijación de la tarifa, con el criterio del auditor y el elemento conmutativo por ella introducido sean sometidas a la decisión arbitral, contrariando abiertamente los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989 y verificado que i) la referida cláusula contractual es objeto de la litis en este proceso; ii) las partes en ese contrato concurren como convocante y convocada en el sub examine y iii) resultan manifiestas las contravenciones al derecho público de la nación, procede declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en esa cláusula, tal como lo exigen los artículos 1741, 172 del Código Civil; 44, 45 de la Ley 80 de 1993; 87 del Código Contencioso Administrativo y 306 del Código de Procedimiento Civil. No se pronunciará la Sala sobre las restituciones, en cuanto i) se trata de la nulidad absoluta de una cláusula contractual, que no proyecta sus efectos sobre los demás aspectos del contrato de concesión, distintos de los convenidos en aquella estipulación y ii) como quedó establecido, la obligación del concesionario de pagar la tarifa por la autorización para operar y explotar el servicio público de televisión fue impuesta por ministerio de la ley, para lo cual a la Comisión Nacional de Televisión o la autoridad que la sustituyó en sus funciones, en su calidad de autoridad regulatoria y en ejercicio de la función que le atribuyen las disposiciones de esa ley, le corresponde adoptar las decisiones administrativas necesarias para fijar esta tarifa, con sujeción a los criterios establecidos en el literal g) del artículo 5º de la ley en comento. Asimismo, comoquiera que la controversia para la que fue convocado y la competencia del tribunal de arbitramento se originaron en la aplicación de la cláusula contractual viciada de nulidad absoluta, se dejará sin efectos el proceso arbitral y laudo proferido.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 5 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 29 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 35 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 46 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 48 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 1 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1741 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 172 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 45 / CODIGO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 306

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá., D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 10001-03-26-000-2013-00053-00(46992)

Actor: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Demandado: CEETTV S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la convocante, Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión), contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013, por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver sus diferencias, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

Primero. *Declarar que prospera la primera pretensión principal general de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

Segundo. *Declarar que prosperan los medios de defensa formulados por la demanda bajo la denominación “Inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en razón de la inexistencia de los requisitos de no imputabilidad e imprevisibilidad requeridos para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato”; “Cumplimiento por parte de CEETTV de lo pactado en la cláusula octava del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 167 de 1998, en concordancia con la cláusula séptima de los contratos de RCN y CARACOL” y “Riesgos asumidos por la CNTV al convenir lo pactado en la cláusula séptima de los contratos de prórrogas suscritos con los canales nacionales y de las decisiones que la misma adoptó al impedir que CEETTV tuviera participación en la aplicación de lo pactado en dicha cláusula y en las actuaciones desplegadas por el Auditor y los canales al amparo de la mismas”.*

Tercero. *Declarar que no prosperan las demás pretensiones principales generales, ni la principal específica, ni las subsidiarias de las principales, por las razones expuestas en la parte motiva.*

Cuarto: *Abstenerse de imponer condena en costas.*

Quinto. *Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida decretada para protocolización y otros gastos del proceso, si a ello hubiere lugar.*

Sexto. *Disponer que se entregue a los árbitros y al secretario del Tribunal el saldo de sus honorarios.*

Séptimo. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Octavo. Ordenar la protocolización del expediente en una notaría del círculo notarial de Bogotá, en la oportunidad que legalmente corresponda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 25 de abril de 2011, la Comisión Nacional de Televisión, a través de apoderado, instauró demanda arbitral en contra de la CEETTV S.A., procurando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRINCIPALES

1. PRIMERA PRINCIPAL GENERAL.- Que se declare que el valor de la prórroga de la Concesión está regulado por la Cláusula 8 del texto integrado del Contrato de Concesión cuyo Precio Base y reglas fijadas para la determinación del valor del ajusta (VDA), así como el Precio Final, obligan y vinculan a las partes de acuerdo con el pacto contractual celebrado entre ellas y con la ejecución que ellas mismas han hecho de la prórroga.

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

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

4. CUARTA PRINCIPAL GENERAL.- Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 80 de 1993,

o el artículo 27 de la misma Ley 80 de 1993, el artículo 2, parágrafo 3º de la Ley 680 de 2001, el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la Prórroga por la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional, según el impacto que se pruebe que dicha circunstancia tiene sobre la valoración pactada, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.

SUBSIDIARIAS A LAS PRETENSIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES GENERALES

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

1. *Primera Subsidiaria.- Que se declare que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que impidieron la adjudicación y entrada en operación a de un (sic) tercer canal privado de televisión abierta nacional, lo cual había sido considerado para establecer el valor de la Prórroga, de manera que la citada Prórroga, ha resultado, sin causa legal alguna, en un beneficio de índole patrimonial para el Concesionario, consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el Valor de la Prórroga pactado, y en el detrimento correlativo de la CNTV, consistente en la entrega en concesión del servicio público de televisión local para Bogotá por un valor inferior al correspondiente a la participación de un tercer canal privado de televisión abierta nacional.*
2. *Segunda Subsidiaria.- Que se declare que con base en la circunstancia anterior deberá repararse el menoscabo patrimonial sufrido por la CNTV, en cuanto el Contrato se ha ejecutado sin la participación de un tercer canal privado de televisión abierta, contrario a lo que se asumió por las partes al acordar el valor de la prórroga de la concesión.*
3. *Tercera Subsidiaria.- Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes emitidas de acuerdo con los principios generales del Derecho o cualquier disposición legal aplicable, CONDENE al Concesionario al pago del tercer mayor valor de la Prórroga correspondiente al efecto de la no entrada del tercer canal de televisión abierta nacional, según el impacto que se pruebe que dichas circunstancias tienen sobre la valoración pactada, con todas las actualizaciones y reconocimientos adicionales que de ello se deriven.*
5. **QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** *Que se declare que el cálculo de la INPTV del que se desprende el VDA se ha visto afectado por una variedad de circunstancias imprevistas ajenas a la CNTV, cuales son la inadecuada aplicación por parte del Auditor de la metodología de cálculo de la INPTV y la distorsión de las cifras en que se basa dicho cálculo derivada de faltas al deber de la buena fe por parte de los concesionarios de televisión abierta nacional cuyas ventas en publicidad tienen mayor incidencia en la conformación de la INPTV (RCN y Caracol), todo lo cual afectó o distorsionó el resultado de la INPTV 2009 y 2010,*

de lo cual se ha derivado para la CNTV la ejecución del contrato en unas condiciones de precio final más gravosas y perjudiciales para la CNTV.

6. **SEXTA PRINCIPAL GENERAL.-** Declare que como consecuencia de aquellas circunstancias a las que se refiere el numeral anterior, el cálculo de la INPTV real corresponde a una cifra superior a la reconocida para los años 2009 y 2010 en el monto que resulte probado.
7. **SÉPTIMA PRINCIPAL GENERAL.-** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se **DECLARE** que se le causó daño a la CNTV consistente en la aplicación de un VDA inferior al que corresponde a la INPTV para la INPTV real de los años 2009 y 2010.
8. **OCTAVA PRINCIPAL ESPECÍFICA.-** Que como consecuencia de las pretensiones principales enunciadas bajo los literales 5, 6 y 7 anteriores se **CONDENE** al concesionario al pago de la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en el INPTV real demostrado en el proceso, así a como (sic) todos los demás perjuicios correspondientes en el monto acreditado en el proceso y con los ajustes aplicables y que el Tribunal ordene en el Laudo.

SUBSIDIARIAS A LAS QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA PRINCIPALES ESPECÍFICAS (sic)

1. *Primera Subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA SEXTA y SÉPTIMA PRINCIPALES, solicito que DECLARE que en la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real de 2009 y 2010 para arrojar una cifra inferior a la real, de manera que la ejecución de la citada Prórroga, hasta la fecha de expedición del laudo, ha resultado sin causa legal alguna, en un beneficio de índole patrimonial para el Concesionario, consistente en la explotación del servicio de televisión en condiciones más favorables a las reflejadas en el Valor de la Prórroga pactado, y en el detrimento correlativo de la CNTV, consistente en la entrega en concesión del servicio público de televisión por un valor inferior al que correspondería a la INPTV real.*
 2. *Segunda Subsidiaria.- Si el H. Tribunal negare las pretensiones QUINTA SEXTA y SÉPTIMA PRINCIPALES, solicito que DECLARE que el concesionario deberá reparar el menoscabo patrimonial sufrido por la CNTV con base en una cifra de INPTV inferior a la real en lo que resulte probado.*
 3. *Tercera Subsidiaria.- Que con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes emitidas de acuerdo con los principios generales del Derecho o cualquier disposición legal aplicable, CONDENE al Concesionario al pago del mayor valor de la Prórroga correspondiente a la diferencia entre el Precio Final aplicado y el Precio Final que surge de aplicar el VDA calculado con base en la INPTV real de 2009 y 2010 demostrada en el proceso.*
9. **NOVENA PRINCIPAL ESPECÍFICA.-** Que se condene al Concesionario al pago

de los intereses señalados en el párrafo segundo de la cláusula octava, sobre todas las sumas que con base en las pretensiones generales o subsidiarias anteriores resulte condenado el Concesionario por concepto de un mayor en el (sic) Precio Final de la prórroga de la concesión.

10. DÉCIMA PRINCIPAL ESPECÍFICA.- Que se condene en costas al Concesionario.

1.2. Fundamentos

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

1.2.1. El 19 de junio de 1998, previa convocatoria pública, la Comisión Nacional de Televisión y la Casa Editorial El Tiempo S.A. –actualmente CEETTV S.A.-, celebraron el contrato de concesión n.º 167, cuyo objeto es permitir la operación y explotación comercial del servicio público de televisión local en Bogotá D.C., en las frecuencias 21 y 38 de la banda de *Ultra High Frequency-UHF*, por un término de 10 años prorrogable por otro igual. Las partes convinieron en que durante el periodo inicial la concedente podría adjudicar la operación y explotación de una nueva estación en la misma ciudad.

1.2.2. El 18 de marzo de 2009, las partes suscribieron el Otrosí n.º 4 para prorrogar el contrato n.º 167 de 1998 por el término previsto y un “*Precio Base*” de \$8.838.000.000, que se ajustaría con el propósito de estimar el “*Precio Final*” dentro de una banda de \$12.482.000.000 y \$5.194.000.000, en proporción a la variación de la Inversión Neta en Pauta Publicitaria del servicio de televisión abierta nacional, regional y local (INPTV) en los años 2009 y 2010.

1.2.3. A efectos de determinar el precio final de la concesión, las partes aceptaron los supuestos de valoración utilizados por las bancas de inversión y el consultor Alberto Carrasquilla Barrera. En particular, convinieron en i) fijar un precio, en función del comportamiento real de la Inversión Neta en Publicidad en Televisión-INPTV, siendo esta la variable determinante del precio, a partir de la información suministrada en la materia por los operadores comerciales del servicio -RCN Televisión S.A y Caracol Televisión S.A-, ii) considerar los efectos de la entrada de un tercer canal de televisión abierta nacional; iii) tasar las variaciones de la inversión neta y su incidencia en el precio de la concesión, de acuerdo con una tabla de rangos convenida por las partes y iv) que los ajustes debían ser

calculados por un auditor, que al efecto fungiría como “*un tercero*” –fl. 33, c.p-, designado por la Comisión Nacional de Televisión para establecer el precio final de la concesión.

1.2.4. El precio de la prórroga de la concesión objeto del contrato n.º 167 de 1998, sin la entrada en operación del tercer canal de televisión abierta nacional, utilizando los mismos supuestos que sirvieron de base para la valoración de las prórrogas y la concesión del nuevo canal, asciende a \$17.878.000.000, estos es \$5.396.000.000 adicionales al valor del precio máximo estimado. Razón por la que, de conformidad con la tabla de rangos de variación convenida entre las partes en el Otrosí n.º 4, el precio final debe incrementarse en cuanto no resultó exitosa la licitación adelantada por la convocante para adjudicar el tercer canal. Y debe ser así por cuanto, a su juicio, la no entrada del nuevo competidor alteró las condiciones observadas para valorar el precio base de la prórroga, permitiendo a la convocada obtener mayores ingresos que los considerados en la valoración de la concesión.

1.2.5. El 15 de julio de 2009, los operadores privados Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. seleccionaron a Ernst & Young Audit Ltda. con quien suscribieron un contrato de auditoría para determinar el valor de la Inversión Neta en Publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local-INPTV, con la interventoría de la Comisión Nacional de Televisión. En desarrollo de este contrato el auditor se limitó a cumplir las instrucciones de los concesionarios que interpretaron a su acomodo las estipulaciones para impedir que la auditoría se desarrollara con el alcance previsto en los contratos de concesión y, en especial, para no considerar las observaciones efectuadas por la interventoría sobre las graves inconsistencias en materia de i) información, metodología de cálculo y otros parámetros que mostraban una clara tendencia de los operadores privados a desviar hacia la baja el comportamiento histórico de los ingresos por la pauta publicitaria; ii) incremento en la autopauta; iii) negociación de tarifas con empresas de los mismos grupos económicos conformados por los concesionarios, ajenas al control de la convocante; iv) deflactación de los precios y v) proyección estadística del comportamiento del ingreso en el periodo para el que no se contaba con información histórica. Todo lo cual podría “*estar derivando una artificial disminución de los ingresos por pauta publicitaria registrados por los concesionarios en 2009*”, como a la postre resultó, pues, de corregirse las inconsistencias advertidas por la autoridad reguladora, el valor del ingreso neto

por la pauta publicitaria asciende a \$1.790.259.923.000 -y no a \$1.777.577.390.000 como lo determinó el auditor-, y el precio de la concesión a \$12.852.000.000.

1.2.6. A juicio de la convocante, en las condiciones convenidas en el Otrosí n.º 4, el precio final de la concesión resulta muy vulnerable, en cuanto –se destaca–«[c]ualquier negligencia, distorsión, desviación, ocultamiento de ingresos por pauta o incluso inactividad en la gestión de venta de pauta publicitaria **impacta el precio favorablemente para los Concesionarios**, al punto que, la aplicación del mecanismo llevado al extremo hipotético acarrearía que resulte ventajoso –ilegítimamente ventajoso- para reducir al máximo el precio de la prórroga de la concesión (últimas filas de la tabla) y, luego, a partir de 2011 y durante los ocho (8) años restantes, activar las ventas y con ellas los ingresos por publicidad. Con ello se habría instaurado un incentivo perverso **para la evasión o manipulación caprichosa del precio de la prórroga por parte de esos concesionarios** que tienen un 80% del control de la INPTV, no obstante lo cual, **dicha conducta carecería de asidero y legitimidad** en tanto se indicó en el contrato con Caracol y RCN –al igual que en la concesión con CEETTV- que el precio se ajustaría “(...) en función del comportamiento real observado (...)” de la INPTV –no uno irreal o acomodado- en cuya medición influyen sustancialmente los concesionarios de televisión abierta nacional y a la cual deben concurrir en buena fe como corresponde a su obligación legal. Entonces, **cualquier afectación al cálculo de la INPTV real, conlleva a un muy fuerte impacto en el precio de la prórroga, impacto que incluso aumenta progresivamente en la medida en que el cálculo muestre un tamaño de INPTV más bajo**» -fl. 10, c.p.-.

1.2.7. En ese orden, la convocante procura que la convocada le reconozca el valor resultante de la diferencia entre el precio final que considera justo, de calcularse correctamente la inversión neta por la pauta publicitaria y el precio base convenido para la prórroga, dado que el auditor se negó a corregir el ingreso neto que fijó erradamente, más el incremento correspondiente a los mayores ingresos obtenidos por no entrar en operación el tercer canal.

2. Intervención pasiva

Contestación de la demanda

Por auto dictado en audiencia del 23 de junio de 2011, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y, admitida la demanda, le fue trasladada a la convocada –fls. 101 a 109, c.p.1-.

La CEETTV S.A., a través de apoderada, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás, al tiempo que propuso las excepciones de i) inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, por inexistencia de los requisitos de imputabilidad e imprevisibilidad exigidos para el restablecimiento del equilibrio financiero, en cuanto la no adjudicación del tercer canal se originó en hechos atribuibles a la convocante, de conformidad con los autos mediante los cuales esta Corporación suspendió provisionalmente algunas disposiciones del pliego de condiciones; la entrada del tercer canal, si bien incidió en la valoración de la concesión, no vincula a la convocada, además de que en tanto supuesto lo previsible es que puede cumplirse o no al igual que lo sucede con la adjudicación, pues, de antemano, se conoce que las licitaciones pueden finalizar con la declaratoria de desierta o la terminación del proceso por causas distintas de la adjudicación y las disposiciones de la norma invocada solamente permiten el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por hechos imprevisibles, ajenos a la parte convocante; ii) cumplimiento de la obligación principal de pagar el precio final determinado a partir de los cálculos del auditor, pues de conformidad con lo convenido en el Otrosí n.º 4, *“[e]ra la decisión final del Auditor la que debía ser acogida por la CNTV, eso fue lo que se pactó y así debe ser acatado”* –fl. 198, c.p.1-, como en efecto la concesionaria pagó a la convocante el precio así establecido; iii) incumplimiento del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998, en cuanto la convocante no seleccionó al auditor en la forma convenida, sino que permitió que lo hicieran RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., además de que, en cuanto pretende desconocer el precio de la concesión determinado por el auditor, actúa en contra de las estipulaciones de la cláusula séptima del contrato de concesión, a cuyo tenor ese valor fijado por el tercero *“no podrá ser modificado”* por las partes y del procedimiento convenido, que no permite *“[la posibilidad de] controvertir la decisión final del Auditor”* –fl. 203, c.p.1-; iv) deber para la convocante de asumir los riesgos y las consecuencias de las actuaciones del auditor, conforme con lo pactado en el Otrosí n.º 4; v) hechos y actuaciones de terceros extraños a la convocada, en cuanto la manipulación de la información para reducir artificialmente el precio de la concesión y los errores en el cálculo de la inversión neta en pauta publicitaria, en los que la convocada funda las pretensiones, son imputables exclusivamente a RCN Televisión S.A., Caracol

Televisión S.A. y al auditor e vi) *“improcedencia de establecer la INPTV con información distinta de la financiera y contable certificada por el Revisor Fiscal, sobre los años 2009”*, en tanto las partes convinieron en que se aplicaría esta última -fls. 160 a 210, c.p.1-.

II. LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento, el 3 de abril de 2013, profirió el laudo impugnado -fls. 1 a 109 cdn. ppal-. Después de dar cuenta del trámite que precedió a la instalación del Tribunal, del desarrollo de la etapa probatoria, de la oportunidad para decidir, del objeto de la controversia, de que la relación procesal se constituyó entre las partes legitimadas, debidamente representadas y sobre asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de su voluntad privada, así como del trámite surtido, concluyó su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria convenida por las partes, a cuyo tenor:

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

Seguidamente el Tribunal pasó al fondo del asunto, deteniéndose en el análisis de las pretensiones y las excepciones de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, encontrando procedente la relativa a la eficacia de la cláusula octava del Otrosí n.º 4 suscrito para prorrogar el contrato de concesión, por considerar que *“ninguna de las partes ha cuestionado la validez de dicha estipulación contractual ni su obligatoriedad. Así mismo el Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia”* -fl. 33, c.p.-.

Pasando al estudio de la segunda a la cuarta de las pretensiones,

relacionadas con el desequilibrio por la no entrada en operación del tercer canal, el Tribunal concluyó que a la convocada no le asiste el derecho para reclamar el restablecimiento de la ecuación económica, por considerar que, aunque este procede por las causas que las partes acuerden en el contrato y en los casos de que tratan las disposiciones de los artículos 3º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993 y 2º de la Ley 680 de 2001 a las que se sujetó el contrato, sin perjuicio de los riesgos que se deben asumir en virtud del objeto contratado, el material probatorio permite dar crédito a que, i) si bien las partes convinieron en que el precio final sería establecido por la convocante mediante acto administrativo, con base *“en el cálculo hecho por el auditor y a su turno determinado por el factor de entrada del tercer canal antes de una fecha específica, el 1º de julio de 2010”*, lo cierto es que, en cuanto guardaron silencio respecto a si ese hecho daba lugar al reajuste del precio, *“la posibilidad de un supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato”* por esa causa debe conducirse por las disposiciones de las Leyes 80 – arts. 3º, 5º y 27- y 680 –art. 2º-, que exigen que el desequilibrio provenga de hechos imprevisibles y ajenos a la parte afectada; ii) la no adjudicación del tercer canal obedeció a actuaciones de la convocante, que dieron lugar a la intervención de los entes de control y de esta Corporación para propiciar la revocatoria de la primera licitación y la suspensión de la segunda, iii) de acuerdo con la reiterada jurisprudencia y la doctrina nacionales, las intervenciones de los órganos de control administrativo y jurisdiccional en las licitaciones que adelanten las entidades estatales no pueden *“determinarse como causales de situaciones imprevisibles, extraordinarias, sobrevinientes, no imputables a la CNTV, máxime que en últimas, es ésta la que, obrando también en ejercicio de sus funciones, decide no continuar con ninguna de las dos licitaciones”* –pág. 47-; iv) de conformidad con las políticas de manejo de los riesgos, definidas por el Gobierno Nacional en los documentos CONPES 2275 de 1995, 3107 de 2001 y 3714 de 2011, para la contratación de que tratan las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las actuaciones de la administración encaminadas a la adjudicación y a enfrentar las observaciones, recomendaciones y decisiones de los órganos de control administrativo y jurisdiccional constituyen un riesgo político, que, en cuanto debe ser gestionado por la entidad licitante, no puede ser atribuido al contratista y, v) asimismo, al celebrar el Otrosí *sub judice* era previsible el riesgo de que no se adjudicara la licitación del tercer canal y posible que la entidad pública incluyera una cláusula de ajuste que tomara en cuenta ese riesgo, *“[p]or consiguiente, si la entidad no contempló un ajuste en el precio para el evento en que no se adjudicara el contrato en la fecha prevista, asumió el riesgo y, por consiguiente, la*

imposibilidad de solicitar un reajuste si la entrada en operación del tercer canal no se presentaba en la fecha prevista” –pág. 66-.

A partir de esas consideraciones el Tribunal arribó a la prosperidad de las excepciones fundadas en *“la inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en razón de la inexistencia de los requisitos de no imputabilidad e imprevisibilidad requeridos para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato”.*

Asimismo, el Tribunal encontró infundadas las demás pretensiones principales, relacionadas con el restablecimiento del equilibrio económico por la errada determinación del precio final de la concesión a partir de las inconsistencias y errores en que incurrió el auditor en la determinación de la inversión neta en la pauta publicitaria. Al efecto, después de revisar históricamente y caracterizar la facultad de determinación del precio por parte de un tercero, desde los derechos romano y comparado y los artículos 1865, 2055 del Código Civil y 838 del Código de Comercio -relativos a los contratos de compraventa, obra y mandato con representación-, el Tribunal concluyó que i) en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 de 2009 las partes convinieron en que el precio final de la concesión resultaría de ajustar el precio base pactado, en proporción a la inversión neta en publicidad en televisión durante los años 2009 y 2010, que fijara el auditor; ii) si bien la convocada expidió un acto administrativo para establecer el precio final de la prórroga que resulta de aplicar la inversión neta en publicidad fijada por el auditor, en tanto se reservó el derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico, está legitimada para controvertir el ajuste en el precio determinado por el auditor; iii) en cuanto las partes no acordaron procedimientos, metodologías u otros criterios para la determinación del precio, la fijación hecha por el auditor solamente puede impugnarse *“cuando es manifiestamente contraria a la realidad de tal manera que tal contraposición puede ser apreciada por un tercero”*; iv) dado que no intervino en la selección y contratación del auditor, ni se le permitió participar en el proceso adelantado por este último, la convocada *“no puede asumir los errores que se pudieran cometer, que ella no podía evitar”* y vi) no se acreditaron las inconsistencias y errores en que la convocante funda las reclamaciones.

A partir de estos razonamientos el Tribunal encontró acreditadas las excepciones relativas al cumplimiento por parte de la convocada de lo pactado en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 y a los riesgos asumidos por la convocante, al

convenir en la determinación del precio final con fundamento en la fijación conferida al auditor.

Finalmente, el Tribunal también despachó desfavorablemente las pretensiones subsidiarias al no encontrar acreditado el enriquecimiento sin causa en que vienen fundadas.

III. RECURSO DE ANULACIÓN

El 10 de abril de 2013 la Autoridad Nacional de Televisión, a través de apoderado, dentro de la oportunidad legal respectiva, interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril del mismo año –fls. 110 y 127 a 182, 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 sociedad recurrente sostiene que los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, en tanto prescindieron del acervo probatorio, conformado por los documentos que contienen los contratos suscritos entre las partes y sus anexos, en especial, los referentes a las actuaciones surtidas por la convocante para valorar la concesión de un tercer canal y las prórrogas de las concesiones vigentes; además de las licitaciones adelantadas para la adjudicación del nuevo canal de televisión abierta nacional, los testimonios y el dictamen pericial, que dan cuenta de que lo previsible al celebrar el contrato de concesión y prorrogarlo era la entrada en operación comercial del tercer canal, para concluir, en sentido contrario, sin respaldo probatorio y a partir de hechos sobrevinientes durante la ejecución, que la no adjudicación del nuevo canal era previsible cuando las partes suscribieron el Otrosí n.º 4, además de que los árbitros encuadraron erradamente estos hechos dentro de la categoría del riesgo político de que tratan unos documentos CONPES ajenos al proceso, sin evidencia probatoria que acredite la existencia y materialización de ese riesgo.

A juicio de la recurrente, en tanto las conclusiones en el sentido de que la no adjudicación del tercer canal es un hecho previsible y constituye un riesgo político

que la convocante debe asumir, carecen de respaldo probatorio, el Tribunal omitió su deber de fallar en derecho, como se lo exige la cláusula compromisoria y fundó exclusivamente en razones de equidad las decisiones de negar las pretensiones y despachar favorablemente las excepciones a partir de esos razonamientos.

1.2. Segundo: haber concedido el Tribunal más de lo pedido (art. 163 numeral 8º, Decreto 1818 de 1998)

Con fundamento en esta causal de anulación la parte recurrente afirma que en cuanto i) la controversia no se planteó sobre el hecho de que la no entrada del tercer canal desequilibró la ecuación económica del contrato, sino que se fundó en el derecho que le asiste a derivar de ese hecho un reconocimiento en su favor; ii) las pretensiones, las excepciones y el debate probatorio no versan sobre la asignación y el acaecimiento de un riesgo político y iii) la no entrada del tercer canal es un hecho no controvertido por la convocada, el Tribunal no tenía competencia para decidir sobre la asignación de un riesgo político a la demanda, no acreditado en el proceso, como lo hizo al concluir que la no adjudicación del tercer canal era un riesgo que la convocada debía gestionar y, por tanto, asumir sus consecuencias.

Y concluye que, en tanto el Tribunal despachó desfavorablemente las pretensiones segunda, tercera y cuarta y accedió a las excepciones que atacan esas reclamaciones, con fundamento en la asignación de un riesgo político ajena a la *litis*, *“concedió más de lo pedido por las partes del proceso”*, lo que, a juicio de la recurrente, amerita *“la anulación parcial del laudo razón (...) y como consecuencia de ello, realizar las correcciones a que haya lugar para despachar favorablemente las pretensiones Segunda, Tercera y Cuarta Principales Generales de la convocatoria arbitral formulada por la CNTV”* –fl. 181, c.p-.

2. Alegatos finales

La CEETTV S.A., a través de apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso de anulación interpuesto por la convocante, 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 relativas al desequilibrio económico del contrato por la no entrada en operación del tercer canal en la fecha prevista, con fundamento en la

interpretación y aplicación de las disposiciones vigentes en el derecho positivo, incluidas las estipulaciones contractuales, las disposiciones de las Leyes 80 de 1993, 680 de 2001 y 1150 de 2007, de los documentos CONPES y la jurisprudencia de esta Corporación, así como en la valoración de los elementos probatorios que dan cuenta de las actuaciones y decisiones administrativas de la Comisión Nacional de Televisión en las licitaciones adelantadas, que le permitieron al Tribunal concluir que la no adjudicación del nuevo canal constituye un riesgo previsible que debe asumir la convocante, la decisión arbitral fue proferida en derecho como se convino en la cláusula compromisoria y iii) el pronunciamiento de los árbitros, en torno a la calificación y asignación del mencionado riesgo, en tanto corresponde al análisis de cara a decidir las pretensiones y las excepciones relativas a la imputabilidad e imprevisibilidad del hecho invocado como causa del desequilibrio de la ecuación contractual, se acompasa con los extremos de la *litis* y los elementos probatorios traídos al proceso –fls. 183 a 233, c.p-.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Autoridad Nacional de Televisión, contra el laudo proferido el 3 de abril de 2013 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998.

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 –hoy Autoridad Nacional de Televisión- y la Casa Editorial El Tiempo S.A. –actualmente CEETTV 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, conforme lo preceptúan 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. Previa convocatoria pública, la Comisión Nacional de Televisión y la Casa Editorial El Tiempo S.A, el 19 de junio de 1998, convinieron en el contrato de concesión n.º 167, con el objeto de permitir al concesionario *“la operación y explotación de una (1) Estación Local con ánimo de lucro en Santa Fe de Bogotá D.C.”* –fl. 7, c. prb.1-, durante un periodo de 10 años, prorrogable por igual tiempo y por un valor de \$18.933.140.304.

2.2. El 18 de marzo de 2009, las partes suscribieron el Otrosí n.º 4 para i) prorrogar el contrato n.º 167, ii) definir un precio final para la concesión, que se establecerá a partir de una base de \$8.838.000.000, fijada en función de las estimaciones de las inversiones netas en pauta publicitaria en los canales nacionales, regionales y locales, para lo cual la Comisión Nacional de Televisión deberá aplicar una tabla de rangos, conforme con la cual el precio no puede exceder de \$12.842.000.000 ni ser inferior a \$5.194.000.000, tomando para el efecto la inversión neta total durante los años 2009 y 2010 determinada por un auditor y sin que a la autoridad regulatoria le sea dado apartarse de esta fijación conferida al tercero; iii) convenir en que, en cuanto el precio de la concesión se debe fijar en función de los ingresos por la comercialización de la pauta publicitaria, las partes se reservan el derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico, cuando se altere por las variaciones en las condiciones del mercado tomadas en consideración para fijar el precio de la concesión y iii) acordar una versión integrada del texto del contrato prorrogado.

2.3. El 15 de julio de 2009, los operadores privados Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. contrataron con Ernst & Young Audit Ltda. la auditoría para determinar, con base en la información suministrada por estos concesionarios, la Inversión Neta en Publicidad en Televisión, cuyo informe final, pese a no compartirlo, por advertir inconsistencias y errores, en virtud de lo convenido en la cláusula octava del Otrosí n.º 4, debió ser aceptado por la Comisión Nacional de Televisión para fijar el precio final, reservándose, eso sí, el derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico.

2.4. La Comisión Nacional de Televisión adelantó dos procesos licitatorios para la adjudicación de un tercer canal de televisión nacional abierta, sin éxito, en cuanto debió revocar el primero en razón del control ejercido por el ministerio público y suspender el segundo conforme con las decisiones de esta Corporación que suspendieron, provisionalmente, algunas de las disposiciones del pliego de condiciones relativas a la adjudicación. La no entrada del nuevo competidor al mercado alteró los supuestos en los que se funda el precio base y la banda de precios con sujeción a los cuales se convino la fijación del precio final de la concesión durante la prórroga.

3. Análisis de los cargos

La Autoridad Nacional de Televisión procura la anulación del laudo arbitral proferido por el Tribunal conformado a instancias suyas, por considerar que los árbitros i) prescindieron del acervo probatorio, conforme con el cual se acreditó que era previsible la entrada en operación comercial del tercer canal e imprevisible la no adjudicación, para concluir lo contrario sin respaldo probatorio, esto es la previsibilidad del fracaso de la licitación para adjudicar el nuevo canal y ii) decidieron sobre la existencia y asignación de un riesgo político imputable a la convocante, ajeno a las pretensiones, excepciones y al debate probatorio.

Por su parte, la convocada solicita se declare infundado el recurso, en cuanto la decisión arbitral viene fundada en el ordenamiento positivo y enmarcada dentro de la *litis* traída por las partes al proceso.

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. Alcance de la decisión. Facultad oficiosa del juez extraordinario para declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales que atribuyen la competencia al tribunal arbitral y originan la controversia

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 6º y 8º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹, invocadas por las partes recurrentes.

¹ 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.

Empero, de entrada la Sala observa que, *prima facie*, las estipulaciones contractuales en las que se originaron las controversias y se habilitó al tribunal arbitral convocado por las partes lucen manifiestamente contrarias al ordenamiento.

De donde resulta del caso delimitar los alcances de la decisión, con el fin de establecer la procedencia de que, en sede del recurso de anulación, el juez se ocupe de la legalidad de las disposiciones contractuales sobre las que gravita la controversia para la que fueron habilitados los árbitros y la declaración oficiosa de la nulidad de las mismas.

De conformidad con las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares 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.

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, del ejercicio de la función de intervención del Estado en el espectro electromagnético, en la prestación del servicio público de televisión y de las obligaciones en las que va envuelto el orden público.

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

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

3. (...).

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

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

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

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

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

9. *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

Y conforme a las disposiciones del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1996, “[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”.

Como lo viene reiterando la jurisprudencia de esta Corporación, si bien los poderes del juez extraordinario se rigen por el principio dispositivo, debe considerarse que el recurso de anulación atiende al fin de garantizar la eficacia del ordenamiento superior, de manera que, además de proteger el debido proceso y el derecho a la defensa a los que sirven las causales enlistadas, debe asegurar la prevalencia del orden imperativo, para el efecto la declaración oficiosa de la caducidad, la falta de competencia y la nulidad absoluta. Cuando estos asuntos no han sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

Así lo ha reiterado esta Sala² –se destaca–:

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

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 9 de abril de 2012, radicación 11001032600020100008100 (40064) y del 3 de mayo de 2013, radicación 110010326000 20120006200 (45.007), ponente Stella Conto Díaz del Castillo.

procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas³.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala⁴, 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.***

Deber este último que viene dispuesto por los artículos 228 y 230 constitucional, en cuanto someten al juez al imperio y la prevalencia del derecho sustancial, cualquiera sea la providencia que deba proferir.

Ahora, para la Sala resulta claro que los principios dispositivo que rige el recurso de anulación y de habilitación de la jurisdicción arbitral que la Constitución Política confirió a la autonomía privada no constituyen límites absolutos, al punto de impedirle al juez extraordinario ejercer los poderes oficiosos, a los que se hizo mención, para el caso, la nulidad absoluta, como lo dispone el ordenamiento.

Y a juicio de la Sala esto es así, por varias razones. Primero, porque en lo que se refiere a los principios de habilitación y el dispositivo, debe considerarse que i) la facultad de imponer límites al juez para impedir la eficacia del orden imperativo, no se comprende en la autonomía de la voluntad privada, si se considera que, al tenor de las disposiciones del artículo 16 del Código Civil, “[n]o podrán derogarse

³ [Cita del texto transcrito] “Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632”.

⁴ [Cita del texto transcrito] “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”.

por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” y ii) el poder de disposición que le asiste a las partes se agota en la facultad de proponer las pretensiones o formular excepciones, según el caso, referir los hechos y traer las pruebas. Sin vincular al juez con las transgresiones del orden público en que se incurrió en la celebración del contrato, modificación, ejecución o liquidación, que, además, originaron las controversias sometidas a la decisión arbitral.

En este último sentido ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala⁵ –se destaca-:

Siendo el conocimiento de la ley una presunción que opera en igualdad de condiciones para todos los sujetos procesales, a juicio de la Sala se adquiere un mejor entendimiento de la regla iura novit curia –el juez conoce el derecho, en su acepción tradicional-, a la luz de la expresión “venite ad factum. Curia iura novit”, o su similar “da mihi factum et dabo tibi ius”, en la cual un amplio sector de la doctrina funda el origen de la primera para señalar que la máxima ofrece claridad sobre la actividad y el poder de las partes y del juez en un sistema procesal dispositivo: corresponde a las primeras aportar los hechos y al juez aplicar el derecho vigente.

En consonancia con esa orientación, es dable entender que las partes tienen poder para definir las pretensiones, referir los hechos y aportar las pruebas y que el juez decide las pretensiones, resuelve las excepciones y determina los hechos probados, empero, en relación con el derecho no hace nada distinto a aplicar el vigente. Razón de lógica que permite entender que en la aplicación del ordenamiento el juez bien puede apartarse del traído por las partes y que el ejercicio de esta potestad, en cuanto relacionado con la justicia, no afecta la congruencia del fallo, si se tiene en cuenta que i) el fallador no queda atado a la ignorancia, las omisiones o los yerros de derecho en que incurran las partes al invocar las normas en que fundan el debate procesal, ni a las contravenciones del orden público en que hayan incurrido al establecer las relaciones jurídicas sometidas a decisión y ii) las partes gozan de libertad para definir su petitum y los hechos en que lo fundan y el juez para resolver en derecho.

Además, si al tenor de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 son absolutamente nulos los contratos celebrados por las entidades estatales, en los casos previstos en el derecho común, lo procedente en relación con los poderes del juez extraordinario tiene que ver con el deber de declarar de oficio la nulidad absoluta, como lo prevén esas disposiciones, al margen de los límites originados en las causales de anulación y la naturaleza del recurso, en cuanto la ley no

⁵ Sentencias del 9 de abril de 2012 y del 3 de mayo de 2013, citadas.

reserva esa facultad oficiosa a los juicios y recursos ordinarios y estando viciadas de nulidad absoluta las disposiciones contractuales, objeto de controversia y de la habilitación de los árbitros, al tenor de las disposiciones de los artículos 228 y 230 Constitucionales, no podría el juez del recurso de anulación, observada la ilegalidad pasarla por alto y fallar la controversia, como fue planteada; pues de ello no se deriva nada distinto a la convalidación de lo que no puede ser, en cuanto las estipulaciones abiertamente contrarias al orden imperativo habrán de expulsarse, para hacer prevalecer este último, en todos los casos.

En ese mismo orden, los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo, modificados por los artículos 32 y 44 de la Ley 446 de 1998, autorizan al juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato cuando sea manifiesta, sujeto a que no haya caducado la acción, esto es, *“dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento”*.

Así, en sentencia del 1º de agosto de 2002, al decidir un recurso de anulación la Corporación i) reiteró el criterio jurisprudencial en el sentido de que sobre el juez administrativo gravita el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que encuentre en un contrato, cuando quiera que esté plenamente acreditada en un juicio adelantado con audiencia de los contratantes, al margen del trámite procesal o la instancia y ii) declaró la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria y dejó sin efectos el proceso arbitral y el laudo impugnado, por ser contrarios al orden imperativo.

Así lo reiteró la Corporación en aquella oportunidad⁶ -se destaca-:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, el juez administrativo, en su ejercicio funcional e independientemente de la naturaleza del proceso en que actúe, tiene el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que encuentre de un contrato, siempre y cuando se cumplan dos específicas exigencias: a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia ésta que ha sido objeto de tratamiento y aplicación

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1º de agosto de 2002, Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, radicación 11001-03-25-000-2001-004601 (21.041).

en reiteradas ocasiones por parte de esta Corporación⁷.

En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no solo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato, aun en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales, como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar y decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en aplicación de lo reglado en el numeral 10, literal e) del artículo 44 de la ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el ejercicio de esa potestad oficiosa del juez, está condicionada por el término de caducidad allí señalado para reclamar o excepcionar la nulidad absoluta de los contratos estatales.

Según esa norma, si el tiempo de vigencia del contrato fuere de dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin exceder, en ningún caso, de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento, término éste que, en el presente caso, no ha precluido, en razón de que el plazo de ejecución del contrato fue pactado en más de veinte (20) años y, por lo tanto, el término de caducidad es de cinco (5) años, actualmente vigente.

Ahora bien, en materia de contratos estatales, como ya se indicó, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no está legalmente prevista como causal o motivo de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan solo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo; pero ese hecho, en modo alguno impide o elimina la facultad que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente las nulidades absolutas del contrato que encuentre acreditadas en el proceso.

Posteriormente, en el ámbito de otro recurso de anulación, la Corporación tuvo la oportunidad de estudiar el alcance de las facultades del juez, en relación con la declaración de la nulidad absoluta del contrato en los procesos arbitrales, concluyendo que se trata de un imperativo legal del que no pueden sustraerse los árbitros, al punto que la omisión de ese deber i) deviene en un defecto sustancial de congruencia del fallo, cuando quiera que los árbitros encuentran probada la excepción pero no declaran la nulidad y ii) contradice el principio de legalidad al que están sometidos los árbitros, procediendo, en todo caso, que el juez administrativo decida la nulidad, al tenor de las exigencias de los artículos 305,

⁷ [Cita del texto transcrito:] “Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: 6 de septiembre de 1999 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-025; 7 de octubre de 1999, expediente 12.387, y 11 de abril de 2002, expediente 21.652 de la Sección Tercera”.

306 del Código de Procedimiento Civil y 20 del Decreto 2651 de 1991.

Se trataba en esa oportunidad de un caso en el que los árbitros declararon probada la excepción, empero se negaron a declarar la nulidad absoluta, fundados en la falta de competencia, que dedujeron del hecho de atribuirle carácter no transigible a ese vicio de ilegalidad; decisión que la Corporación encontró contraria a las referidas disposiciones del estatuto procesal civil, cuya aplicación en los trámites arbitrales la ordena perentoriamente el artículo 20 del Decreto 2651 de 1991. Procediendo, en consecuencia, el juez estatal con la declaración de nulidad del contrato.

Así lo dejó sentado la Sala, en la sentencia del 25 de noviembre de 2004⁸ –se destaca-:

5. Deberes de los jueces derivados de la aplicación del inciso tercero del artículo 306 C. de P. C.

El inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil ordena con claridad y precisión meridianas:

“Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es fundada o no la excepción.”

*El texto de la norma transcrita impone al juez el deber de pronunciarse expresamente en el fallo sobre la nulidad del contrato cuando sea propuesta la excepción respectiva, **obligación de la cual únicamente puede sustraerse cuando no sean partes quienes lo fueron en el contrato**, supuesto en el cual el mismo precepto establece perentoriamente que en tal evento –y sólo en ese- el juez se contraerá a declarar “si es fundada o no la excepción”.*

*Basta, pues, atenerse a lo ordenado en el citado artículo, para advertir inmediatamente que el juez tiene que pronunciarse en la sentencia sobre la excepción de nulidad propuesta y **si se limita a declararla fundada, en un evento distinto al que la norma autoriza a hacerlo, dicha omisión entraña indiscutiblemente incongruencia en su decisión. Máxime si se tiene en cuenta que el inciso 2º del artículo 29 Constitucional, al prever el derecho fundamental al debido proceso, estatuye que todas las actuaciones judiciales se adelantarán “con***

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; radicación 110010326000200300055-01 (25560).

observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Debe resaltarse que las excepciones de nulidad o simulación, por mandato legal, se dirigen justamente a enervar la pretensión, lo cual implica por parte del fallador un estudio de fondo al entrar a decidir en la sentencia. Es por ello que el mandato legal contenido en el apartado final del artículo 306 del C. de P. C. obviamente exige una decisión de fondo en la sentencia, derivada de la proposición de la excepción de nulidad del contrato.

Toda vez que el contenido normativo de esta preceptiva es absolutamente claro, al juzgador no le es dable desatender su tenor literal. En efecto, se trata de un típico caso en que la función judicial es indiscutiblemente aplicativa, por cuanto, frente a la claridad del mandato legal impuesto al fallador, a éste no le queda otro camino que cumplir con el enunciado jurídico.

La relación entre el juez y la norma es tan sólo de cumplimiento, de modo que él carece de la discrecionalidad propia del proceso interpretativo. En otros términos, frente a este tipo de disposiciones no existe campo para una amplitud de apreciación por parte del juez, pues ella permitiría eventualmente contravenir un mandato categórico a él impuesto.

Nótese que para la doctrina extranjera, que se ha ocupado de las diferencias entre la interpretación del Derecho y la aplicación del Derecho como teorías autónomas e independientes, no hay duda que frente a normas de referencia, como es el caso del precepto en cita, donde el rol es meramente aplicativo, el juez no está autorizado legalmente para desobedecer sus mandatos, por el contrario, le corresponde necesariamente cumplir lo previsto en la respectiva disposición legal.⁹

Pero, aun admitiendo que el juzgador, al enfrentar esta disposición, pudiera interpretarla, no debe perderse de vista que, de conformidad con el artículo 4 del C. de P. C.:

“Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”.

En tal virtud, merece destacarse que la obligación que impone el inciso tercero del artículo 306 del C. de P. C. al juzgador, es desarrollo del principio de congruencia que debe observar todo juzgador y que se halla previsto en el artículo 305 del C. de P. C., conforme al cual:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones

⁹ [Cita del texto transcrito]: “HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho. Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 238 y 239”.

aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”¹⁰.

Principio de la congruencia que,

“dentro del marco del sistema dispositivo que lo justifica, restringe el ámbito de su poder decisorio a aquellos aspectos que oportuna y debidamente plantearon las partes como materia de la controversia...por lo tanto, las resoluciones del fallo deben guardar rigurosa conformidad con las pretensiones formuladas por el demandante, y las excepciones del demandado que resulten probadas y las que deban ser alegadas”.¹¹

Esa consonancia del fallo exige, como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “**la identidad jurídica** entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...en todos los procesos, **también, entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador**”¹²... Por lo demás, este imperativo legal, al decir de Devis Echandía¹³, está relacionado a la vez con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), lo mismo que con el valor de la cosa juzgada (...).

A propósito del alcance del inciso tercero del artículo 306 del C. de P. C., la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás tiene establecido que:

“El cabal entendimiento que a la aludida norma corresponde, permite distinguir con claridad los diversos supuestos de hecho que el legislador concibe y las consecuencias que a cada uno de ellos le atribuye. En primer lugar, cuando el demandado propone las excepciones de nulidad y simulación y al proceso han comparecido todas las partes que intervinieron en el acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez debe pronunciarse “expresamente” sobre ellas, alocución que le impone de manera perentoria el deber de declarar la nulidad o la simulación del acto o contrato de que se trate, con las consecuencias propias de las declaraciones judiciales de esa especie, es decir, la aniquilación del mismo con las subsecuentes restituciones mutuas, si de la nulidad se trata, o la revelación de los verdaderos alcances de la voluntad contractual, atribuyéndole los efectos que le son inherentes.

Un segundo supuesto se presenta cuando el demandado propone las susodichas excepciones, pero al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico. En tal hipótesis, no le es dado al juzgador, obviamente, aniquilar el contrato nulo, ni asignarle los efectos que conciernen a la verdadera voluntad de las partes la cual, por lo demás, no puede declarar, sino

¹⁰ [Cita del texto transcrito]: “Modificado Decreto 2282 de 1989, art. 1 num. 135”.

¹¹ [Cita del texto transcrito]: “Ibid”.

¹² [Cita del texto transcrito]: “DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57”.

¹³ [Cita del texto transcrito]: “DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. Pág. 57”.

que solamente podrá acoger como fundada la excepción, declaratoria que al enervar las pretensiones del actor, impide que los contratos nulos o simulados puedan producir los efectos que los litigantes persiguen o que lleguen a causar ulteriores perjuicios, es decir, que el excepcionante solo consigue atajar la acción negando el título del demandante, evitándose de esa forma que éste pueda sacar algún beneficio o provecho del acto simulado o nulo.

Del adecuado enlace del citado artículo 306 del Código de Procedimiento Civil con lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 50 de 1936, se desprende una tercera hipótesis relacionada con la declaratoria de la nulidad absoluta cuando se reúnen los presupuestos señalados en la referida ley, **pues, no obstante que el demandado no proponga la excepción pertinente, debe el juez declararla de oficio**, siempre y cuando, se reitera, se encuentren estructurados los requisitos allí previstos, entre ellos, que todas las partes involucradas en el negocio jurídico hubiesen acudido al proceso.

Y, finalmente, aun cuando no hubiesen comparecido al litigio todas las partes que intervinieron en la formación del negocio jurídico, **si el demandado no propone las excepciones de nulidad o simulación**, no obstante lo cual alguna de ellas aparece acreditada en el proceso, **incumbe al juez declararla probada de oficio** -a menos, claro está, que se refiera a una nulidad relativa, pues ésta siempre debe ser alegada por el demandado-, pero absteniéndose de hacer pronunciamientos distintos a ese, salvo, obviamente, cuando se refiere a una nulidad absoluta que reúna los requisitos previstos en el artículo 2° de la ley 50 de 1936, hipótesis a la que ya se aludió. Se pretende entonces, evitar que el negocio nulo o fraudulento pueda producir efectos, o que alguno de los contratantes pueda sacar provecho de él.”¹⁴

(...) es preciso tener en cuenta que el arbitraje en derecho es definido como “aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente” (art. 115 Decreto 1818 de 1998). Luego, la competencia atribuida excepcional y temporalmente a los árbitros se ejerce “sólo consultando el interés superior del orden jurídico y la justicia”¹⁵, como que definen el derecho aplicable a un caso concreto.

Sin detenerse la Sala a describir los detalles de la función pública asignada excepcional y transitoriamente a los particulares en este caso, es claro que a los árbitros resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 6 del C. de P. C. en cuanto estatuye que las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y que en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

De la regulación constitucional y legal no es difícil inferir que a los Tribunales de Arbitramento se predica el principio de legalidad, esencia misma de todo Estado

¹⁴ [Cita del texto transcrito]: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Sentencia de 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 5961, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles”.

¹⁵ [Cita del texto transcrito]: “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 242 de 1997”.

de Derecho. Por lo mismo, los árbitros en derecho –como los jueces- están sometidos al imperio de la ley (arts. 1, 6, 122 y 230 C.P.). Así lo ha constatado la doctrina constitucional en reiteradas oportunidades, veamos:

“Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral”¹⁶

“A la luz de esta norma (art. 116 Constitucional), todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, ‘en los términos que determine la ley’ ”.¹⁷

“..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)”¹⁸.

“El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”¹⁹.

Los anteriores razonamientos constituyen suficiente presupuesto para afirmar que resulta indiscutible que el juez arbitral debe atender la preceptiva contenida en el artículo 305 del C. de P. C. y en el inciso final del artículo 306 eiusdem y, por lo tanto, el Tribunal en su fallo debe observar el principio general del derecho procesal de consonancia en ellos previsto. A juicio de la Sala, le incumbe de manera imperativa proceder a declarar la nulidad del contrato y, obviamente, **debe pronunciarse expresamente sobre esta figura en los mismos términos en que debe hacerlo la justicia ordinaria.**

Pero si quedara alguna duda sobre la aplicación de dicho precepto a la jurisdicción arbitral, aquella fue despejada por el legislador extraordinario²⁰ al expedir el

¹⁶[Cita del texto transcrito]: “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 242 de 1997. En el mismo C 226 de 1993, C 431 de 1995 y C 037 de 1996”.

¹⁷[Cita del texto transcrito]: “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 294 de 1995”.

¹⁸[Cita del texto transcrito]: “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 163 de 1999”.

¹⁹[Cita del texto transcrito]: “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-330 de 2000”.

²⁰[Cita del texto transcrito]: “En acato a lo dispuesto por el literal e) del artículo transitorio 5 Constitucional, el entonces Ministro de Gobierno presentó ante la Comisión Especial Legislativa para su estudio un proyecto de decreto, por el cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales: DE LA CALLE LOMBANA, Humberto en GACETA LEGISLATIVA No. 1, agosto 13 de 1991, Pág. 14 a 16. Los comisionados ponentes Jesús Pérez González-Rubio, Adelaida Ángel Zea y Fernando Coral Villota, en la ponencia para primer debate en Plenaria al Decreto para la descongestión de los despachos judiciales recomendaron al Gobierno presentar un

decreto autónomo 2651 de 1991²¹, el cual, en su artículo 20, dentro del apartado dedicado al arbitramento²², extendió al trámite arbitral el artículo 306 in fine, al determinar en forma categórica, nítida e incontrovertible que: “En el laudo se dará aplicación al inciso 3o del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil”.

Y, a juicio de esta Sala, debe ser así, porque de la remisión que el artículo 20 del Decreto 2651 de 1991 hace al inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento, se sigue que la declaración de la nulidad absoluta no es ajena a los procesos arbitrales, como no puede serlo, por encontrarse al margen de la voluntad el ordenamiento imperativo protegido con esa sanción y, en consecuencia debe el juez del recurso extraordinario proceder de conformidad con las disposiciones de esa última norma, que le exigen que “[c]uando ...halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

En ese orden y siendo claro el alcance de los principios de imperio y prevalencia del derecho sustancial, a los que la Constitución Política sujeta las decisiones judiciales, en lo que tiene que ver con la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales, abiertamente contrarias al ordenamiento superior, así como de los mandatos contenidos en los artículos 44, 45 de la Ley 80 de 1993; 87, 136 del Código Contencioso Administrativo, modificados por los artículos 32, 44 de la Ley 446 de 1998; 306 del Código de Procedimiento Civil y 20 del Decreto 2651 de 1991, huelga concluir que así deberá proceder el juez extraordinario, cuando quiera que encuentre que las disposiciones que le corresponde interpretar y hacer prevalecer, no pueden ser tenidas como marco para la decisión en cuanto habrán de ser expulsadas del ordenamiento contractual.

La Sala observa que en el *sub examine* la Comisión Nacional de Televisión convocó el tribunal de arbitramento, para dirimir las controversias originadas en la aplicación de las estipulaciones del Otrosí n.º 4 del contrato n.º 167 de 1998 suscrito con la CEETTV S.A., relativas a la fijación del precio de la concesión

nuevo articulado que, entre otros, le diere un mayor impulso al arbitramento (GACETA LEGISLATIVA No. 2 del viernes 16 de agosto de 1991 Pág. 3 a 5). El texto definitivo del decreto en su versión final no improbadamente votada el 12 de noviembre de 1991 fue publicado en la GACETA LEGISLATIVA No. 43, del viernes 13 de diciembre de 1991, Pág. 2 a 7”.

²¹ [Cita del texto transcrito]: “Este reglamento constitucional fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el aparte e) del artículo 5 transitorio de la Constitución”.

²² [Cita del texto transcrito]: “Artículos 11 a 20 idid”.

durante la prórroga que sustentan la controversia, en cuanto introdujeron un criterio conmutativo ajeno a la tarifa impuesta por la ley para la remuneración de la concesión, al punto que dieron lugar a que se invoque el restablecimiento del equilibrio económico y se habilite al tribunal para conocer de las controversias originadas en el ejercicio de la función de intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, mediante la regulación de la tarifa. Contrariando, abiertamente los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales, las disposiciones de la Ley 182 de 1995 y el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989.

Esto es así, pues en cuanto a la retribución a cargo del concesionario, de las disposiciones en cita se colige que se trata de una tarifa por la concesión impuesta por ministerio de la ley, una vez adjudicada la prestación, que debe ser fijada por la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio de la función de regulación que debe mantener el Estado, con sujeción a los criterios establecidos en las disposiciones del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, para un servicio que se debe ser prestado en condiciones de la libre competencia y pluralismo informativo y en el contrato se convino en *“un valor de la concesión”* de \$18.933.140.304, a cargo del concesionario. De suerte que no puede concluirse sino que, en razón del Otro sí n.º 4 de 2009, se modificó el contrato de concesión n.º 167 de 1998 para i) convenir las partes en un precio variable en función de los riesgos del negocio y no en una tarifa, cuya fijación la autoridad regulatoria dejó en manos de un tercero sin autorización legal, además de que introdujo una ecuación financiera ajena a los criterios legales dispuestos para la fijación de la tarifa de la concesión, basada exclusivamente en la fijación del precio a partir de unos supuestos del mercado cuya gestión y riesgos debe asumir enteramente el prestador del servicio, de acuerdo con el ordenamiento y ii) habilitar al tribunal arbitral para que conozca de las controversias originadas en el ejercicio de la función de intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, en las condiciones como esa materia fue definida en la cláusula octava, al margen del ordenamiento jurídico.

Y, en cuanto, la demanda arbitral fue instaurada el 25 de abril de 2011, huelga concluir que no ha transcurrido el término de caducidad de cinco años, contado desde el 18 de marzo de 2009, esto es desde cuando se suscribió el Otrosí n.º 4 con vigencia de diez años y, además, los particulares asuntos que se han puesto de presente no fueron objeto de pronunciamiento por parte del tribunal arbitral, como quiera que i) el estudio de validez efectuado por los árbitros tuvo que ver únicamente con la nulidad relativa y la eficacia de las obligaciones; ii) los análisis

sobre las facultades conferidas al auditor se fundaron en la determinación del precio convenido, sin referencia a la tarifa que debe ser fijada por la autoridad regulatoria con sujeción a los criterios establecidos en la Ley 182 de 1995 y iii) nada dijo sobre el carácter conmutativo introducido por las partes a la tarifa impuesta por la ley al concesionario, pues los análisis se limitaron a la ecuación financiera invocada en la demanda a partir de los supuestos utilizados para la fijación del precio de la concesión, procede que el juez extraordinario se ocupe oficiosamente del estudio de la nulidad absoluta, en cumplimiento del deber de garantizar la prevalencia del orden imperativo.

En efecto, el Tribunal declaró próspera la primera de las pretensiones, esto es que *“el valor de la prórroga de la Concesión está regulado por la Cláusula 8 del texto integrado del Contrato de Concesión cuyo Precio Base y reglas fijadas para la determinación del valor del ajusta (VDA), así como el Precio Final, obligan y vinculan a las partes de acuerdo con el pacto contractual celebrado entre ellas y con la ejecución que ellas mismas han hecho de la prórroga”*, fundado en que las partes no cuestionaron su validez y en cuanto no encontró razones que afectaran su eficacia.

En efecto, para resolver sobre este punto el tribunal de arbitramento, después de plantear su entendimiento de la primera pretensión y transcribir la cláusula octava del Otrosí n.º 4, señaló:

“Ahora bien, ninguna de las partes ha cuestionado la validez de dicha estipulación contractual ni su obligatoriedad. Así mismo el Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia” –fl. 33, c.p-.

Como se observa, se refirió el Tribunal específicamente a los asuntos relativos a la validez que debe ser alegada por las partes y a la eficacia de la estipulación contractual, esto es a los efectos que deben producir para las partes sus declaraciones de voluntad, sin pronunciamiento alguno relativo a la nulidad absoluta originada en la contravención del orden imperativo.

Asimismo, el Tribunal se pronunció sobre el precio y la facultad en que convinieron las partes para que este fuera fijado por un tercero, para lo cual centró sus análisis en las características y el alcance de esa fijación a la luz del derecho privado, en lo que tiene que ver con los contratos de compraventa, de obra y de mandato con representación, para concluir que, de conformidad con lo convenido

por las partes en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 de 2009, el precio resultante de la fijación del auditor puede impugnarse “cuando es manifiestamente contraria a la realidad de tal manera que tal contraposición puede ser apreciada por un tercero”, sin pronunciarse sobre la tarifa impuesta por Ley 182 de 1995 a cargo del concesionario, que debe fijar a la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio de la función de regulación que la Constitución política puso en cabeza del Estado, con sujeción a los criterios de que trata esa ley.

Y en lo que tiene que ver con el equilibrio económico, el Tribunal centró sus análisis en la forma en que se estructuró la ecuación económica, a partir de la fijación del precio, sin ocuparse de los criterios y demás elementos del régimen legal de la tarifa impuesta por la ley para la concesión, así –se destaca–:

2.1. ¿Cómo se conforma la ecuación económica del contrato, desde el punto de vista de la CNTV?

La ecuación económica mediante la cual se estructuró la prórroga del contrato de concesión suscrito entre las partes de este proceso tiene una particularidad que no puede pasar por alto en Tribunal: el precio de la prórroga en cuestión proviene de una decisión administrativa de la CNTV, con base en el resultado del trabajo del llamado auditor, el cual es adoptado por la CNTV pese a que esta entidad estatal había reservado sobre el mismo, que no fueron acogidas por el auditor. La nota especial que caracteriza este caso, a diferencia del proceso de fijación del precio de las prórrogas de los canales Caracol y RCN, es que en el caso de City TV, ésta última no tuvo ninguna intervención en el proceso que dio lugar al precio en cuestión, así como el hecho de que el contrato que contiene la prórroga no reviste la naturaleza de un contrato “back to back”, o contrato espejo, o contrato coligado en relación con los contratos de la CNTV con Caracol y RCN, circunstancias estas que serán objeto de análisis en otro capítulo de este laudo en tanto resultan relevantes para la decisión que habrá de proferirse.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la forma en que la ecuación económica del pacto de la prórroga se estructuró, es claro que la misma se basa en el pago de un precio fijado por la CNTV en la forma en que lo hizo, es decir sin la intervención de la convocada; para la CNTV el precio se basaba en el cálculo hecho por el cálculo del auditor y a su turno determinado por el factor de la entrada del tercer canal antes de una fecha específica, el 1º de julio de 2010. Si ello sucedía o no, no fue objeto de una regulación en el contrato como causa de reajuste del precio, por lo que frente a la posibilidad de un supuesto de rompimiento del equilibrio económico del contrato, debería seguirse por parte de la CNTV la regla contenida tanto en el artículo 27 como en el artículo 3 de la Ley 80, y en la Ley 680, todos estos arriba transcritos; ello implica que la CNTV debe demostrar que el daño producido por la no entrada del tercer canal antes del 1º de julio de 2010 no le es imputable, y que además, en tal evento, que dicho daño se debe a

situaciones imprevistas; por otro lado debe también establecer que no se trata de un riesgo que deba soportar o que, si lo es, se trate de un riesgo extraordinario, es decir que excede el nivel de riesgo que está obligado a soportar –fls. 48 y 49, c.p-.

A partir de estos razonamientos sobre la forma en que la Comisión estructuró el precio de la concesión y después de analizar los elementos probatorios, el Tribunal concluyó que la no adjudicación del tercer canal era un riesgo previsible, a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, sin pronunciarse sobre los criterios legales que sujetan la fijación de la tarifa impuesta por la ley para la concesión del espectro electromagnético destinado a la prestación servicio de televisión.

Ahora bien, observa esta Sala que si bien, en otros recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos por el tribunal convocado para dirimir las diferencias entre la convocante con Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., originadas en las cláusulas de los Otrosí n.º 4 suscritos entre esas partes para prorrogar los contratos de concesión del servicio de televisión nacional, cuya fijación del precio se pactó en condiciones similares a las que ocupan la atención en este proceso, la Subsección C de la Sección Tercera, al igual que esta Subsección, decidieron sin ocuparse del estudio de la nulidad absoluta de similares estipulaciones contractuales, a diferencia de lo que se advierte en el *sub examine*, en aquellas oportunidades el Tribunal de arbitramento²³ se pronunció específicamente sobre la función de fijar de la tarifa y la intervención de un tercero en esa actuación, además de que concluyó expresamente el carácter oneroso, bilateral, conmutativo del contrato de concesión suscrito y, en consecuencia, el equilibrio económico entre los derechos y las obligaciones.

De ello da cuenta la sentencia proferida por la Subsección C, el 11 de julio de 2013, para declarar infundado el recurso de anulación en la oportunidad señalada²⁴ –se destaca-:

*Seguidamente el Tribunal se refiere a la **determinación del precio**, diciendo que el precio de un contrato debe ser determinado o al menos determinable, tarea que*

²³ Convocados por la Comisión Nacional de Televisión para dirimir las controversias surgidas con Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A, en procesos separados, los Tribunales de Arbitramento estuvieron integrados por los mismos árbitros; los laudos acogieron parcialmente las pretensiones y ordenaron el restablecimiento del equilibrio económico en favor de la concedente, fundados en los efectos que sobre el precio de la prórroga se atribuyeron a la no entrada en operación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada. Y esta Corporación declaró infundados los recursos de anulación promovidos por las convocadas.

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Ponente: Olga Mérida Valle de De la Hoz; convocante: Comisión Nacional de Televisión, convocada: Caracol Televisión S.A.; radicación 11001032600020120008700 (45.791).

corresponde a las partes (art. 1864, primer inciso, del C. C.), o que pueden deferir de manera total o parcial a un tercero (art. 1865 *ibídem*), o que puede estructurarse “por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen” (art. 1864, segundo inciso, *ibídem*).

Que en el caso objeto de estudio el intérprete encuentra que la ley faculta a la autoridad correspondiente para fijar el precio²⁵ y, prima facie, así habría ocurrido en el contrato primigenio, según lo palmario de sus Cláusulas 7 (“VALOR DE LA CONCESIÓN”) y 8 (“FORMA DE PAGO DE LA CONCESIÓN”)²⁶ sin importar, para lo que interesa en este orden de ideas, si ese precio fue el resultado de una subasta o puja de los interesados, o el producto de una decisión unilateral de la concedente, en cualquier caso bajo los estándares de razonabilidad, utilidad y dentro de los principios bien conocidos de la contratación estatal.

Que en la Prórroga de este Contrato, a pesar de estar en pie la facultad referida, la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, acudió a otros “medios e indicaciones” (art. 1864 del C. C.) para fijar el precio, con un grado apreciable de injerencia del Concesionario, circunstancia evidente en la preceptiva de la Cláusula Séptima del texto contractual en donde quedó consignado el tema que nos ocupa²⁷ y, de manera especial, en el iter que tuvo la estructuración de este precio, primero a partir del trabajo de dos Bancas de Inversión, después como resultado del fairness opinión del experto Alberto Carrasquilla, y luego con el impacto del trabajo de un “tercero idóneo”, el Auditor, encargado de verificar un elemento determinante del Precio Final (PF).

En conclusión, sin importar “los medios e indicaciones” (C. C., art. 1864) que se hubieran utilizado para fijar el precio en este caso, esa era una responsabilidad atribuida por la ley a la Comisión Nacional de Televisión (Ley 182 de 1995) parte Convocante de este arbitraje, y si en el ejercicio de esta facultad dispuso unos medios, unos procedimientos, unas verificaciones y su interlocución con el Concesionario, a ello debe atenerse.

Y sobre la conmutatividad del contrato, se señaló en la citada sentencia –se destaca–:

Para el Tribunal es claro que este Contrato y su Prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijados por el Instituto del Restablecimiento de la Ecuación Económica Financiera por fuerza, tanto de la naturaleza del

²⁵ [Cita del texto transcrito:] “La Ley 182 de 1995 así lo dispone en su artículo 5º (“Funciones de la Comisión Nacional de Televisión”) literal g, y en el artículo 12 (“Funciones de la Junta Directiva”), literal b, por ejemplo. Naturalmente, esta misma Ley determina que el precio de la concesión es independiente del “que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio” (artículo 48, literal c)”.

²⁶ [Cita del texto transcrito:] “La CLÁUSULA 7 se limita a fijar el valor de la concesión en ciento diecisiete mil novecientos setenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 117.973.850.000) y la CLÁUSULA 8 se refiere a la forma de pago (cinco instalamentos)”.

²⁷ [Cita del texto transcrito:] “Transcrita in integrum en el Hecho 22 de la demanda (“CLÁUSULA SÉPTIMA. VALOR DE LA PRÓRROGA”, ps. 30 a 35 de ese libelo)”.

Contrato, como de la normativa especial citada de manera reiterada en las consideraciones que anteceden, circunstancias a las que, sin que fuera necesario, ni agregara algo al carácter taxativo de aquellas normas, las partes refrendaron en la “Manifestación” que incluyeron en la parte final de la Cláusula 7 de la Prórroga del Contrato varias veces citada y transcrita.

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

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

Asimismo, en la sentencia del 29 de agosto de 2013 esta Subsección, al declarar infundado el recurso de anulación, consideró que en ese proceso lo relativo a la fijación del precio en función de las variables INPTV y VDA no tenía incidencia en el recurso de anulación, además de que los árbitros consideraron que, si bien la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal para imponer la tarifa por la concesión, debía estarse a lo que ella convino sobre la delegación a un tercero de esa facultad.

Así se señaló en esta última sentencia citada –se destaca–:

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

(...)

5.5 En el apartado denominado “VI Pretensiones vinculadas con la INPTV”, se analizaron los cargos concernientes a “1 La Convocada faltó a la buena fe al incurrir en actos que afectaron o distorsionaron el cálculo de la INPTV”, “2 En la ejecución del Contrato y su Prórroga ocurrieron hechos que afectaron el cálculo de la INPTV real de 2009 y 2010”, “3 El concesionario incumplió el Contrato al aplicar

el 'VDA', a partir de un cálculo de la INPTV indebidamente realizado por el auditor", "4 El cálculo de la INPTV se ha visto afectado por una circunstancia ajena a la CNTV consistente en la inadecuada aplicación por parte del auditor de la metodología de cálculo de la INPTV", todos los cuales fueron desestimados por parte del Tribunal. No es del caso exponer los argumentos correspondientes, puesto que no tienen incidencia dentro de la materia objeto del recurso de anulación que se estudia (...) –págs. 12 a 15-.

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

11.2.4.1. Dentro del contenido del laudo se adelantó un análisis detallado del material probatorio en relación con el tema referido. Así, la providencia arbitral impugnada dispuso en el título "IV El precio en esta controversia", lo siguiente: "1. La determinación del precio": al respecto se indicó que el precio era el hilo conductor del laudo y que si bien era cierto que la CNTV estaba legalmente facultada para imponer el precio de la prórroga, debía atenerse a los medios, procedimientos, verificaciones e interlocución con el concesionario, que la propia entidad había dispuesto. "2. Los elementos de la estructuración del precio en este caso: "un modelo de valoración" y "unos supuestos de mercado": en el laudo se indicó que el precio era el resultado de la aplicación de un modelo de valoración sobre unos supuestos de mercado; dos bancas de inversión hicieron la valoración (Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y Unión Temporal Correval-CGI) y luego, el economista Alberto Carrasquilla realizó un fairness opinion, quien sin modificar el modelo de valoración, reconsideró los supuestos de mercado y la metodología; así, la entidad y el concesionario acordaron que la fórmula de valoración sería la propuesta por Carrasquilla. "3. La conformación del precio": en la cláusula séptima del contrato, estaba comprendido el precio de la prórroga, dentro de la cual se resalta que: (i) el precio tenía que cubrir los 10 años de la prórroga; (ii) la entidad estableció un precio base (PB) de \$187 184 000 000, que se debía pagar como cantidad inicial; (iii) el "supuesto de mercado" era uno de los elementos del precio y estaba constituido por la "inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV)". En lugar de tomar el INPTV correspondiente a toda la prórroga, se tomó solamente el de los años 2009 y 2010, de lo cual resultaba el valor de ajuste (VDA). Quien debía hacer esta medición era un "tercero idóneo", el auditor, contratado por el concesionario y escogido y pagado por las dos partes; "4. Conclusión del Tribunal": habida cuenta de lo expuesto se concluyó que la determinación del precio estaba sujeta a la cláusula séptima, pero que no era la única fuente normativa para ello (...) - págs. 28 y 29-.

Y en lo relativo a la conmutatividad del contrato materia del arbitramento en aquella misma oportunidad, se señaló –se destaca-:

11.2.4.2 El laudo continuó su estudio en el título "V El pretendido rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato", dentro del cual se ocupó de los

siguientes temas, con los comentarios que siguen a su enunciación: “1 Posición de la convocante”: en atención a que no entró en funcionamiento el tercer canal el 1 de julio de 2010 y que tal supuesto había sido base para determinar el precio de la prórroga, la CNTV pidió el restablecimiento de la ecuación económica del contrato con base en los artículos 4 y 27 de la Ley 80 de 1993; 2, parágrafo 3, de la Ley 680 de 2001; 868 del Código de Comercio y 16 de la Ley 446 de 1998. “2 Posición de la convocada”: RCN argumentó que “el demandante no puede alegar su propia culpa”, en tanto que la falta de entrada en operación del tercer canal privado de televisión obedece exclusivamente a la conducta negligente de la CNTV; tampoco procede el restablecimiento porque las causas son imputables a la entidad y finalmente, a que no obró de acuerdo con el deber de buena fe, para mitigar el daño. Bajo el título “3 Consideraciones del Tribunal”, el Tribunal recordó que en el otrosí n.º 8, las partes manifestaron, respecto de la cláusula séptima, que “se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato”. En ese orden de ideas, con la denominación “A. La decisión que se proferirá”, el Tribunal manifestó que en la parte resolutive se:

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

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

Para el Tribunal es claro que **este contrato y su prórroga, así como las prestaciones de las partes quedaron cobijadas por el instituto del restablecimiento de la ecuación económica financiera por fuerza, tanto de la**

naturaleza del contrato, como de la normativa especial citada de manera reiterada en las consideraciones que anteceden, circunstancias a las que, sin que fuera necesario, no agregara algo al carácter taxativo de aquellas normas, las partes refrendaron en la “manifestación” que incluyeron en la parte final de la cláusula 7 de la prórroga (...).

Ante las particulares condiciones del *sub examine* que se han puesto de presente, si se considera que en el *sub iudice* los árbitros centraron su atención principalmente en la aplicación de la ecuación financiera convenida y en la fijación del precio con sujeción al derecho privado, sin ocuparse de la facultad legal de regular la tarifa de la concesión y la aplicación del criterio de conmutatividad a la remuneración prevista en la ley para el contrato de concesión del espectro electromagnético destinado al servicio público de televisión, como sí fue objeto de pronunciamiento expreso en los laudos anteriormente referidos, la Sala procederá a estudiar la validez de las estipulaciones contractuales que originaron la controversia y la habilitación de los árbitros para proferir la decisión que ocupa su atención, en sede del recurso extraordinario.

3.1.2. La estipulaciones contractuales en cuya aplicación se originó la controversia y se habilitó al tribunal para resolverla mediante el laudo impugnado son nulas absolutamente

El contrato de concesión n.º 167 de 1998 y el Otrosí n.º 4 de 2009, celebrados entre las partes en este proceso para permitir al concesionario la operación y explotación del servicio público de televisión local, se rigen por las disposiciones de la Constitución Política y de la Ley 182 de 1995, vigentes a tiempo de la celebración.

Conforme con el artículo 75 constitucional, el espectro electromagnético, en tanto bien público inalienable e imprescriptible, está sujeto a la intervención del Estado con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de acceso, el pluralismo informativo, la libre competencia y evitar las prácticas monopolísticas en su uso.

La Carta política reservó a un órgano del orden nacional, con personería jurídica, autonomía y régimen de derecho público propio, la intervención en el espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión, incluyendo la dirección de la política, la regulación, la planeación y la ejecución de programas –

arts. 76 y 77²⁸.-.

En cuanto servicio público, el de televisión i) constituye uno de los fines esenciales del Estado, ii) regido por los principios de eficiencia y universalidad, iii) cuya prestación eficiente puede realizarla directamente o ser asumida por los particulares o comunidades organizadas y iii) además del régimen jurídico que determine la ley, está sometido a la regulación, vigilancia, control y los demás instrumentos de intervención que debe mantener el Estado, según los artículos 75 y 365 constitucionales.

A la Comisión Nacional de Televisión²⁹, como la ley llamó al organismo de que tratan los artículos 76 y 77 constitucionales, le correspondió ejercer la función de intervención en el espectro electromagnético, utilizado para la prestación del servicio público, incluyendo la dirección de la política, la regulación, la planeación y la ejecución de programas relativos al servicio público, entre las cuales se comprende, al tenor las disposiciones de la Ley 182 de 1995³⁰, la función de fijar la tarifa o derecho que debe pagar el concesionario por la autorización que le permite operar y explotar el servicio.

De conformidad con la Ley 182 de 1995 –vigente cuando se celebró el Otrosí n.º 4-, el acceso al espectro electromagnético y a la operación o explotación del servicio público de televisión, por parte de entidades públicas o de particulares, procede previa autorización individual mediante concesión otorgada por ministerio de la ley o *“por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión”* –art. 46-.

Se destaca, además, que la Constitución política no reservó al Estado la prestación de los servicios públicos, sino que autorizó que sean prestados por este, *“directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* –art. 365-. Igualmente, la Ley 182 de 1995, si bien sometió el servicio público de televisión a *“la titularidad, reserva, control y regulación del Estado”*, estableció que

²⁸ Derogado el primero y modificado el segundo por el Acto legislativo 02 de 2011.

²⁹ Entidad suprimida al tenor de las disposiciones del Acto legislativo 02 de 2011.

³⁰ Posteriormente, la Ley 1507 de 2012 distribuyó entre la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la Agencia Nacional del Espectro y la Autoridad Nacional de Televisión] las facultades inicialmente atribuidas a la liquidada Comisión Nacional de Televisión en materia de planeación, regulación, dirección, gestión y control de los servicios de televisión, previstas en las Leyes 182 de 1995, 1341 de 2009 y el Decreto-ley 4169 de 2011.

su prestación –se destaca- “corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política” –art. 1º.

Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 46 de la ley en cita, se comprende, sin dificultad, que el alcance de la concesión, a través de licencia o del contrato, se circunscribe a una autorización de carácter individual que otorga el Estado, a través de la Comisión Nacional de Televisión, para que un operador privado use el espectro electromagnético operando y explotando el servicio público de televisión.

De tal claridad es el texto del citado artículo 46 –se destaca-:

Definición. *La concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la 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.*

Y abundantes disposiciones de la Ley 182 de 1995 reiteran la exigencia de que la concesión, mediante contrato o licencia, sea otorgada para prestar el servicio público de televisión en condiciones de libre y leal competencia –arts. 29, 35 y 37, entre otros-.

En tanto el ordenamiento no reservó al Estado la prestación del servicio público de televisión, se comprende, entonces, que esa misma ley haya definido la concesión, mediante licencia o contrato, como una autorización administrativa individual para que el particular opere y explote, por su cuenta y riesgo, bajo la regulación, la vigilancia y el control del Estado.

De donde no resulta posible el entendimiento de que en virtud del contrato de concesión, sujeto a los alcances del artículo 46 de la Ley 182 de 1995³¹, el concesionario asuma una prestación para el Estado, que deba ser remunerado por este. Razón por la que resultan ajenas al contrato de concesión, en los términos de la norma citada, las obligaciones pecuniarias a cargo de la entidad estatal

³¹ A cuyo tenor –se destaca- “[l]a concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la 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”.

concedente.

Pero es que, además, la Ley 182 de 1995 impone directamente al concesionario la obligación de pagar **una tarifa** por la concesión de la operación y la explotación del servicio de televisión, que debe ser fijada por la autoridad reguladora:

*ARTICULO 48. De las concesiones a los operadores zonales. La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública. Para tales efectos, **la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta las siguientes disposiciones especiales**, sin perjuicio de las que ordene incluir en los correspondientes pliegos de condiciones;*

a) (...)

c) *El 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 (...).*

En ese mismo orden, las disposiciones de la Ley 182 de 1995 establecen que la adjudicación de los contratos de concesión se sujetará i) a los criterios de calidad del diseño técnico, capacidad de inversión, de expansión y para “ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones, así como de evitar los abusos de posición dominante en el mercado como las prácticas restrictivas de la libre competencia”; ii) número de horas de programación ofrecida con mayor ponderación de la nacional y iii) viabilidad económica de programación del servicio, entre otros. Es de destacar que la tarifa no constituye elemento determinante de la adjudicación.

Esto último es así porque la Ley 182 de 1995 reservó, de manera enfática y reiterativa, a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de la facultad de regulación que los artículos 75 y 365 constitucionales ponen en cabeza del Estado, la función de definir la tarifa o derecho que debe pagar el beneficiario de la autorización estatal, con sujeción a criterios que van más allá de los que inciden en la formación de un precio -costos, gastos y la utilidad del contratista, con interacción de la oferta y la demanda-. Disposiciones que no autorizan delegar la

función en un tercero y que imponen tarifas iguales, para cada uno de los titulares de concesiones equivalentes.

Criterio legal que no deja la menor duda en cuanto a que la tarifa no resulta de la licitación ni es un criterio de adjudicación. De donde carece de objeto convocar a una licitación para que el concesionario oferte la tarifa previamente fijada por la Comisión Nacional de Televisión, para otro operador en igualdad de condiciones; más, sin embargo, en cuanto la ley obliga a que se realice la licitación, se entiende que para ofertar los otros criterios, determinantes para la licitación al margen de la tarifa.

En efecto, así se lee en los artículos 4º y 5º de la Ley 182 de 1995 –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:

a)...

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**³².

³² Si bien el artículo 6º de la Ley 680 de 2001 dispuso que “[p]ara efectos de la reestructuración de las tarifas prevista en este artículo derogase el literal g) del artículo quinto (5º) de la Ley 182 de 1995”, en estricto sentido los efectos de esta norma fueron los de una suspensión temporal del citado literal g). En este mismo sentido concluyó la Corte Constitucional –se destaca-: “...el párrafo del artículo 6º dispuso la derogación del literal g) del artículo 5º de la Ley de 182 de 1995, pero con un condicionamiento que restringe expresamente sus efectos; dijo la norma que la derogación se ordenaba “para efectos de la reestructuración de las tarifas previstas en este artículo”.// El condicionamiento del párrafo del artículo 6º despeja toda duda acerca del carácter temporal de la mal llamada derogación del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 pues al estar restringida a los tres meses a que hace referencia el inciso primero del artículo 6º, **la Comisión Nacional de Televisión recuperó la facultad de fijar, según los criterios del literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, las tarifas, derechos y compensaciones por concepto de concesión del servicio público de televisión, al vencimiento de dicho término.**// El motivo indicado lleva a concluir que la palabra “derogase”, que determina el punto central de la demanda, **debe interpretarse en un sentido distinto, no como una derogación, sino como una suspensión, por el término de tres meses,** de la facultad de la Comisión Nacional de Televisión

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**;

Se comprende, entonces, por qué el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, vigente cuando se celebró el contrato n.º 167 de 1998³³, estableció que –se destaca– “[l]a escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública”, pues mientras que en el primero de estos procedimientos la adjudicación procede por criterios que tienen que ver con la organización, prestación del servicio y protección de los principios que la sujetan –señalados en la misma ley–, es de la esencia del funcionamiento de la subasta la negociación del precio.

Igualmente, la Ley 182 de 1995 dispuso que en la concesión del servicio de

de establecer, según los criterios de la Ley 182 de 1995, las tarifas de los contratos de concesión de televisión” -sentencia C-351 de 2004, Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra-.

³³ Posteriormente, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 estableció como criterio de adjudicación de la concesión la maximización de los ingresos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, esto es, en función de la máxima disponibilidad a pagar ofertada en la subasta por los interesados, como lo concluyó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 14 de febrero de 2012, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; radicación 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38.924).

televisión **“[n]o habrá lugar a la reversión de los bienes de los particulares –** se destaca-. *Sin embargo, la Comisión Nacional de Televisión podrá acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos y condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes”*.

Normatividad de la que resulta, sin hesitación, que el contrato de concesión de que se trata i) tiene como objeto el de autorizar individualmente la operación y explotación del servicio de televisión, sin que el Estado asuma a su cargo remuneración alguna; ii) el concesionario contrae la obligación de pagar la tarifa o derecho por la autorización por ministerio de la ley, una vez adjudicada la prestación; iii) la remuneración no consiste en un precio, sino en una tarifa que habrá de ser fijada por la autoridad regulatoria, en función de la cobertura geográfica, la población total, el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, la recuperación de los costos del servicio público y la participación en los beneficios que obtenga el concesionario, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio, así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos y iv) la tarifa no remunera la infraestructura requerida para que el operador privado preste el servicio, en cuanto no hay lugar a la reversión, sino la autorización conferida por el Estado para la operación y explotación del servicio³⁴.

Razones por las cuales se comprende por qué las disposiciones legales trascritas pusieron en cabeza del Estado la fijación de la tarifa, sin que la función le pueda ser trasladada a un tercero.

Ahora, siendo el equilibrio financiero un elemento de la esencia y por ende exclusivo de los contratos conmutativos, esto es, de aquellos en los que las partes asumen obligaciones recíprocas y equivalentes fundadas en su autonomía, no resulta posible predicar tal característica de la autorización para la operación y explotación privada del servicio de televisión, porque, aunado a las características legales referidas a que la remuneración consiste en una tarifa que debe ser fijada por la autoridad regulatoria con sujeción a los criterios definidos por la ley, en todo caso ajenos a la conmutatividad propia de las prestaciones sinalagmáticas, en el

³⁴ Cfr., en este mismo sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 27 de marzo de 2014, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, actor Hermán Gustavo Garrido Prada, demandado Comisión Nacional de Televisión, radicación AP 25000231500020100240401.

particular contrato de concesión cuyo estudio ocupa a la Sala el Estado no asume prestación distinta a la de autorizar al concesionario la operación y explotación del servicio, en condiciones de libre competencia, acorde a los riesgos del negocio que este asume.

Siendo así, no resulta posible concluir, fundado en las disposiciones de los artículos 3º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993 y 2º de la Ley 680 de 2001 –este último para la concesión de espacios de los canales nacionales de operación pública- y en razón de la ejecución de la prestación del servicio de televisión, el derecho a la revisión del precio y al restablecimiento del equilibrio económico, pues claramente la Ley 182 de 1995 impuso al concesionario la obligación de pagar la tarifa que debe fijar la autoridad reguladora con sujeción a los criterios legales, sin autorizar que se delegue esa función o que se revise la tarifa por razones asociadas al criterio de conmutatividad propio de las prestaciones y contraprestaciones equivalentes y a la ejecución del contrato.

Empero, observa la Sala que en el Otrosí n.º 4 de 2009 *sub judice* la Comisión Nacional de Televisión, i) renunciando a lo que no le era permitido, esto es al mandato de los artículos 75, 76 y 365 constitucionales y de los citados artículos 4º, 5º y 48 de la Ley 182, que le impuso la regulación de la tarifa a cargo del concesionario por la utilización del espectro y la autorización para prestar el servicio, al margen del contrato y sin que para el efecto cuente la dirección de un tercero y ii) haciendo uso de un elemento de conmutatividad, ajeno al régimen legal del contrato de concesión de que se trata y a los criterios establecidos en la Ley 182 de 1995 para la fijación de la tarifa, convino en la negociación de un precio y no en una tarifa regulada para remunerar la concesión, como lo exigen los artículos 5º y 48 *ibídem*. Nótese, además, que lo anterior comportó trasladar al Estado los riesgos propios del negocio, que debe asumir y gestionar el prestador en condiciones de libre competencia.

En efecto, las partes adicionaron al contrato n.º 167 de 1998 la cláusula octava del Otrosí n.º 4 con la que se convino en la negociación y revisión de un precio, apartándose de los criterios exigidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995. Esto es así, porque se convino en que, tanto el “*precio*” base como el final se determinen, exclusivamente, en proporción a la Inversión Neta real en Publicidad en Televisión abierta, nacional, regional y local-INPTV, esto es, descontados los costos de inversión y los gastos de administración y operación. Y

no solo eso, también, se confirió a un auditor la función de determinar ese ingreso y se convino en que el concesionario no asume la obligación de pagar el precio que fije la Comisión Nacional de Televisión apartándose del ingreso establecido por el auditor. Al punto que para poder definir la tarifa que legalmente le corresponde fijar tuvo que acudir al juez arbitral, porque precisamente se despojó de esa función, arguyendo, además, en la *causa petendi* que las estipulaciones convenidas en ese sentido tornan vulnerable la remuneración que debe fijar en favor del Estado, en tanto constituyen un “*incentivo perverso*” para que se reduzca artificialmente la tarifa que, de acuerdo con la ley, ella debe fijar para que sea pagada por el concesionario.

En efecto, se lee en el referido documento contractual *sub examine* –se destaca-:

CLÁUSULA OCTAVA.- VALOR DE LA PRÓRROGA: *Por decisión de LA COMISIÓN, el valor que EL CONCESIONARIO pagará a LA COMISIÓN por concepto de la presente prórroga será la cantidad inicial de OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.838.000.000.00), (En adelante “Precio Base”), más la cifra positiva o negativa que resulte de aplicar al Precio Base un ajuste (en adelante “Valor de Ajuste”), en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV), durante los años 2009 y 2010.*

Para el efecto la CNTV aplicará el valor de la INPTV que determine el auditor que ésta designe para tal propósito tratándose de las concesiones nacionales de televisión abierta. El precio ajustado se denominará “PRECIO FINAL”.

Con base en la Pauta Final informada por el Auditor, LA COMISIÓN determinará el Precio Final así:

(i) Si el valor de la Pauta Final es igual o superior a UN BILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$1.853.062.000.000,00), el Valor del Ajuste será una única suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$3.644.000.000.00). En consecuencia el Precio Final de la presente prórroga será la suma de DOCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$12.482.000.000.00).

(ii) Si el valor de la Pauta Final es igual o inferior a UN BILLÓN SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.767.519.000.000,00), el Valor del Ajuste será una única suma negativa de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$3.644.000.000.00). En consecuencia el Precio Final de la presente prórroga será

la suma de CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$5.194.000.000,00).

(iii) Si el valor de la Pauta Final se ubica en el rango entre UN BILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$1.853.062.000.000,00), y UN BILLÓN SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.767.519.000.000,00), el Precio Final será el que fije LA COMISIÓN de conformidad con la siguiente tabla:

<i>Cifras en Millones de Pesos</i>	
<i>Rangos Pauta Final (Precios Constantes 31 de Diciembre de 2008) 1,853,062</i>	<i>Precio Final 12482</i>
1,852,062	12,461
1,851,062	12,440
1,850,062	12,419
1,849,062	12,398
1,848,062	12,376
1,847,062	12,355
1,846,062	12,334
1,845,062	12,313
1,844,062	12,292
1,843,062	12,271
1,842,062	12,250
1,841,062	12,229
1,840,062	12,207
1,839,062	12,186
1,838,062	12,165
1,837,062	12,144
1,836,062	12,123
1,835,062	12,102
1,834,062	12,081
1,833,062	12,060
1,832,062	12,038
1,831,062	12,017
1,830,062	11,996
1,829,062	11,975
1,828,062	11,954
1,827,062	11,933
1,826,062	11,912
1,825,062	11,891
1,824,062	11,847
1,823,062	11,780
1,822,062	11,714

1,821,062	11,647
1,820,062	11,580
1,819,062	11,513
1,818,062	11,446
1,817,062	11,379
1,816,062	11,313
1,815,062	11,246
1,814,062	11,179
1,813,062	11,112
1,812,062	11,045
1,811,062	10,978
1,810,062	10,912
1,809,062	10,845
1,808,062	10,778
1,807,062	10,711
1,806,062	10,644
1,805,062	10,577
1,804,062	10,511
1,803,062	10,444
1,802,062	10,377
1,801,062	10,310
1,800,062	10,243
1,799,062	10,176
1,798,062	10,110
1,797,062	10,043
1,796,062	9,976
1,795,062	9,811
1,794,062	9,643
1,793,062	9,476
1,792,062	9,308
1,791,062	9,141
1,790,062	8,973
1,789,062	8,805
1,788,062	8,638
1,787,062	8,470
1,786,062	8,302
1,785,062	8,135
1,784,062	7,967
1,783,062	7,799
1,782,062	7,632
1,781,062	7,464
1,780,062	7,296
1,779,062	7,129
1,778,062	6,961
1,777,062	6,794
1,776,062	6,626

1,775,062	6,458
1,774,062	6,291
1,773,062	6,123
1,772,062	5,955
1,771,062	5,788
1,770,062	5,620
1,769,062	5,452
1,768,062	5,285
1,767,062	5,194

En caso de que la INPTV se ubique entre cualquiera de los rangos a que se refiere al presente tabla, se aplicará el rango más próximo a la Pauta Final para la determinación del Precio Final. Así por ejemplo, si la Pauta Final es UN BILLÓN OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$1.834.062.000), el Precio Final corresponde a DOCE MIL OCHENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$12.081.000.000.00), y si la Pauta Final es UN BILLÓN OCHOCIENTOS DIEZ MIL SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$1.810.062.000.000), el Precio Final corresponde a DIEZ MIL NOVECIENTOS DOCE MILLONES DE PESOS (\$10.912.000.000).

Es entendido que el Precio Final en ningún caso podrá ser superior a DOCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$12.482.000.000.00), ni inferior a CINCOMIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$5.194.0000.000.00).

En caso de que la COMISIÓN no fije el Precio Final como aquí se dispone, a más tardar el día 15 de marzo de 2011, EL CONCESIONARIO procederá a pagar la suma a su cargo conforme a la tabla de que trata la presente cláusula que consigna los rangos de Pauta Final, si a ello hubiere lugar y si existiere una suma a cargo de la COMISIÓN, en todo caso la misma deberá cubrirse en el término de tres meses contados a partir del 15 de marzo de 2011.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Durante la vigencia del Otrosí, el Precio Base será el precio de la prórroga para efectos fiscales, presupuestales y de la póliza de cumplimiento.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- Si como consecuencia del Valor del Ajuste resultare un mayor valor a pagar a cargo de EL CONCESIONARIO, en relación con el Precio Base, dicho mayor valor se sumará al pago que EL CONCESIONARIO debe realizar el 15 de marzo de 2011, de manera tal que en dicha fecha se pague el saldo pendiente de pago del Precio Base, más el Valor del Ajuste, sobre el cual se causará a favor de LA COMISIÓN un rendimiento equivalente al interés bancario corriente desde el 24 de marzo de 2009.

Por el contrario, si resultare un menor valor del Precio Final con relación al Precio Base, la diferencia deberá deducirse del pago que EL CONCESIONARIO debe realizar el 15 de marzo de 2011. Si el menor valor a cancelar por parte de EL

CONCESIONARIO fuere superior al pago que éste debe efectuar en dicha fecha, EL CONCESIONARIO quedará liberado de pagar a LA COMISIÓN la última cuota y **LA COMISIÓN deberá devolver la diferencia respectiva en un plazo que no exceda de tres (3) meses, contados a partir de del 15 de marzo de 2011. LA COMISIÓN deberá reconocer el interés bancario en cada cuota de las que trata la cláusula siguiente, como consecuencia de la diferencia entre el Precio Base y el Precio Final, aplicado a partir de la fecha respetiva de cada pago.**

PARÁGRAFO TERCERO.- Es entendido que el Precio Final de la Prórroga sólo quedará determinado en forma definitiva en la fecha en que LA COMISIÓN lo fije con base en la información suministrada por el Auditor. En caso de que no lo hiciera a más tardar el 15 de marzo de 2011, el Precio Final quedará determinado en dicha fecha con sujeción a la tabla de que trata la presente cláusula que consigna los rangos de Pauta Final.

MANIFESTACIÓN DE EL CONCESIONARIO EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA OCTAVA: El suscrito CONCESIONARIO manifiesta en relación con el Precio Base y las reglas establecidas por LA COMISIÓN para la determinación del Precio Final, que la incorporación de la presente cláusula al texto de este Otrosí, no significa su conformidad con el Precio Base ni con las reglas fijadas por LA COMISIÓN para la determinación del Valor de la Prórroga. Por lo tanto, EL CONCESIONARIO se reserva los derechos de impugnación o reclamación que estime procedentes.

MANIFESTACIÓN DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA OCTAVA: Teniendo en cuenta que el valor de la presente prórroga ha sido determinado con base en la aplicación de un modelo de valoración sobre unos supuestos de mercado, las partes se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, EL CONCESIONARIO manifiesta que teniendo en cuenta que el valor de la prórroga ha sido determinado asumiendo la participación de los actuales concesionarios y del tercer canal nacional, y que no existe obligación a su cargo de pagar compensaciones a LA COMISIÓN, como es el caso de la prevista en el parágrafo segundo del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, se reserva los derechos de impugnación o reclamación que estime procedentes en el evento de modificarse tales supuestos o de romperse el equilibrio a que se refiere la presente cláusula –fls. 43 a 50, c. prb. 1-.

Y el referido modelo de valoración, que hace parte integrante del contrato, da cuenta de que el precio base de la concesión durante la prórroga se estableció exclusivamente en una proporción de la Inversión Neta en la Pauta Publicitaria de Televisión-INPTV, esto es descontados los costos de inversión y los gastos. Además de que, como lo manifestaron las partes, no se trata de una tarifa sino de un precio fijado específicamente en función de los riesgos propios de un mercado en libre competencia, esto es de la disputa por la comercialización de la pauta

publicitaria entre los distintos competidores y del derecho que les asiste a los usuarios de elegir libremente el prestador del servicio de publicidad de sus productos o servicios.

En ese orden, para la Sala es claro que, de la simple confrontación con las disposiciones de los artículos 75 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995, las estipulaciones de la cláusula octava del Otrosí n.º 4 de 2009 resultan abiertamente contrarias al ordenamiento, en cuanto la Comisión Nacional de Televisión, sin estar legalmente autorizada, renunció a la función de regular la tarifa de la concesión con sujeción a los criterios definidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, conforme con los cuales el concesionario debe pagar una tarifa fijada por la Comisión Nacional de Televisión, en su condición de autoridad regulatoria, atendiendo a los criterios de cobertura geográfica, población total, ingreso per cápita en el área de cubrimiento, recuperación de los costos del servicio público; participación en los beneficios que obtenga el concesionario, según la cobertura geográfica y audiencia potencial del servicio, así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos.

Y, en defecto del ejercicio de la función legalmente atribuida, la Comisión Nacional de Televisión subordinó la fijación de la tarifa a la decisión de un tercero, en cuanto, contrariando los artículos 75 y 365 de la Constitución Política, 5º y 48 de la Ley 182 de 1995, convino en que, a pesar de tener a su cargo la regulación estatal que le impone el deber de fijar el estipendio que debe pagar el concesionario, no puede adoptar una decisión administrativa distinta de la que determine el auditor contratado por particulares y que la que fije apartándose de ese criterio no obliga al concesionario, además de que sometió la tarifa a una conmutatividad ajena a los criterios legales dispuestos para su fijación, *so pretexto* de haber estimado el precio a partir de un modelo de mercado, sin considerar los demás criterios legales y que la obligación de pagar la tarifa por la autorización para operar y prestar del servicio fue impuesta por la ley y, en virtud de la autorización conferida, el concesionario no asume prestación alguna que el Estado deba remunerarle. Además de que con estas mismas estipulaciones contractuales se desconoce abiertamente el alcance de la concesión definido en el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 y se vulneran las disposiciones de los artículos 29, 35 y 37 de la Ley 182 de 1995, que exigen que el prestador asuma la operación y explotación del servicio en condiciones de libre competencia, a las cuales resulta

abiertamente contrario que el Estado asuma el riesgo del negocio, esto es la gestión del servicio en cabeza del particular y el comportamiento de la demanda de la pauta publicitaria que deben disputarse los prestadores en un ambiente de libre y leal competencia.

Ahora, a juicio de la Sala, una cosa es el criterio legal de que la tarifa se fije teniendo en cuenta la participación en los beneficios que los concesionarios deriven de la concesión y otra, extraña a ese criterio, es que, por ese hecho el Estado deba asumir directamente los riesgos del negocio, esto es los derivados de la gestión del particular y del comportamiento de la demanda de la pauta publicitaria. Del otorgamiento de la concesión, definida legalmente como una autorización para que un particular preste el servicio por su cuenta y riesgo, en condiciones de libre competencia, no resulta posible que el Estado asuma los riesgos de la prestación de ese servicio. Si, de conformidad con la Constitución y la ley, el particular asume la prestación y los riesgos del negocio, no resulta posible trasladarle estos últimos al Estado mediante la tarifa que debe fijarse para el contrato de concesión del servicio de televisión.

Y, finalmente, con la pluricitada cláusula octava del Otrosí n.º 4 la Comisión Nacional de Televisión habilitó que la tarifa de la prórroga de la concesión sería definida por los árbitros, esto es trasladó a la decisión arbitral un asunto ajeno a su poder dispositivo, como lo es el ejercicio de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético, a través de la regulación.

En efecto, al tenor de las disposiciones del artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 y conforme con la reiterada jurisprudencia, son arbitrables las controversias sobre asuntos comprendidos en el poder de disposición de las partes, de las cuales se excluyen las que tienen que ver con el ejercicio de la función de intervención del Estado a través de la regulación y las obligaciones impuestas por leyes en las que está interesado el orden público.

Así, en lo que toca con los límites de la arbitrabilidad relativos al carácter imperativo del orden jurídico, incluido el atinente al ejercicio de las funciones públicas, recientemente esta Sala reiteró los siguientes criterios

jurisprudenciales³⁵:

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 partes³⁶, sin perjuicio de los pronunciamientos sobre la validez y los efectos que 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 estatales³⁷:

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,

³⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 20 de febrero de 2014, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 110010326000201100025 00 (41.064).

³⁶ [Cita del texto transcrito] “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, radiación 2356, ponente Jorge Valencia Arango y sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, ponente Germán Rodríguez Villamizar”.

³⁷ [Cita del texto transcrito] “Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, radicación 36252, ponente: Mauricio Fajardo Gómez”.

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 administrativos³⁸:

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 involucrados 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

³⁸ [Cita del texto transcrito] "Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación 16394, Germán Rodríguez Villamizar".

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 administrativos³⁹:

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 (...).

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 (...).

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.

³⁹ [Cita del texto transcrito] “Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de constitucional del 12 de diciembre de 1991”.

Así lo ha reiterado esta Sección⁴⁰:

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”⁴¹ (...).

Y en lo que tiene que ver con la competencia arbitral en materia de obligaciones impuestas por leyes en las que va envuelto el orden público, se reiteró en la citada sentencia:

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 Corte⁴² –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

⁴⁰ [Cita del texto transcrito] “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”.

⁴¹ [Cita del texto transcrito] “Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho de junio de 2000, expediente 16.973, actor: Consorcio Amaya-Salazar”.

⁴² Cfr., sentencias C-294 de 1995 y SU-174 de 2007.

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:

"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.

Ahora, en la cláusula compromisoria del contrato de concesión n.º 167, las partes convinieron en que someterían a la decisión arbitral “[t]oda controversia o diferencia relativa a este contrato o relacionado con el mismo...”, de las cuales, conforme con los criterios señalados, están excluidas aquellas que involucran asuntos ajenos al poder de disposición, como las que tienen que ver con el ejercicio de la función de regulación de las tarifas por la concesión para el uso del espectro electromagnético destinado al servicio público de televisión.

Empero, al suscribir la cláusula octava del Otrosí n.º 4 de que se trata, la Comisión Nacional de Televisión subordinó la regulación de la tarifa de la concesión del espectro electromagnético a la voluntad privada de un tercero, definió un precio con criterios ajenos a los establecidos legalmente y confirió la posibilidad de que las controversias sobre la fijación de la tarifa, con el criterio del auditor y el elemento conmutativo introducido sean sometidas a la decisión arbitral, sin estar facultada, en tanto dispuso de asuntos ajenos a la voluntad.

En efecto, observa la Sala que en la referida cláusula octava del Otrosí n.º 4, las partes, después de convenir en los rangos, la metodología, la información y el sujeto responsable de determinar el precio que finalmente debe aprobar la Comisión Nacional de Televisión mediante acto administrativo, sin derecho a apartarse del criterio del particular al que le confió el ejercicio de la facultad de que se trata, las partes convinieron en que las controversias originadas sobre la fijación del precio en las condiciones pactadas, sería objeto de las “reclamaciones que estimen procedentes”, tanto en lo relativo a la aplicación de la metodología convenida para la definición del precio, como en lo que tiene que ver con el equilibrio económico de la prórroga; para el caso, las reclamaciones que fueron objeto de la *litis* sometida al Tribunal de Arbitramento con fundamento en dichas estipulaciones contractuales.

En efecto, así se lee en el texto de la cláusula octava del Otrosí n.º 4:

MANIFESTACIÓN DE EL CONCESIONARIO EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA OCTAVA: El suscrito CONCESIONARIO manifiesta en relación con el Precio Base y las reglas establecidas por LA COMISIÓN para la determinación del Precio Final, que la incorporación de la presente cláusula al texto de este Otrosí, no significa su conformidad con el Precio Base ni con las reglas fijadas por LA COMISIÓN para la determinación del Valor de la Prórroga. Por lo tanto, EL CONCESIONARIO se reserva los derechos de impugnación o reclamación que estime procedentes.

MANIFESTACIÓN DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA OCTAVA: Teniendo en cuenta que el valor de la presente prórroga ha sido determinado con base en la aplicación de un modelo de valoración sobre unos supuestos de mercado, las partes se reservan el derecho de reclamar cuando estimen que se rompa en su contra el equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, EL CONCESIONARIO manifiesta que teniendo en cuenta que el valor de la prórroga ha sido determinado asumiendo la participación de los actuales concesionarios y del tercer canal nacional, y que no existe obligación a su cargo de pagar compensaciones a LA COMISIÓN, como es el caso de la prevista en el párrafo segundo del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, se reserva los derechos de impugnación o reclamación que estime procedentes en el evento de modificarse tales supuestos o de romperse el equilibrio a que se refiere la presente cláusula –fls. 43 a 50, c. prb. 1-.

En esas condiciones, se concluye, sin hesitación, que con la cláusula octava del Otrosí n.º 4, las partes se ocuparon tanto de la negociación del precio de la prórroga de la concesión, como de habilitar mecanismos para solucionar las controversias que la aplicación de la metodología y el criterio de conmutatividad convenidos para la fijación del precio pudieran suscitar, incluida la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, al que finalmente acudieron las partes en aplicación de las mentadas estipulaciones y que profirió el laudo objeto del recurso de anulación en este proceso.

A la Sala no le asiste la menor duda en cuanto a que i) la facultad de regular la tarifa de la concesión para el uso del espectro electromagnético destinado al servicio público de televisión y ii) la obligación de pagarla que la ley le impone al concesionario, en tanto expresión de la facultad de intervención que los artículos 75, 76 y 365 constitucionales y la Ley 182 de 1995 ordenan al Estado mantener, son ajenos al poder de disposición de la Comisión Nacional de Televisión y a la competencia arbitral.

En este sentido, la Sala reitera los criterios jurisprudenciales conforme con los cuales la facultad de regular las tarifas por el uso del espectro electromagnético destinado a la prestación del servicio de televisión y las controversias originadas en el ejercicio de esa función no son arbitrables, expuestos en la citada sentencia del 20 de febrero de 2014⁴³:

(...) 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

⁴³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 110010326000201100025 00 (41.064), ya citada.

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 (...).

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 (...).

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.

Siendo así, se concluye, sin hesitación, que la competencia atribuida por la Comisión Nacional de Televisión para que, al tenor de las estipulaciones convenidas en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión 167 de 1998, las controversias originadas en la fijación de la tarifa con subordinación a los criterios de conmutatividad y los discrecionales fijados por un particular sean sometidas al conocimiento arbitral, resultan abiertamente contrarias a los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989.

En ese mismo orden, para la Sala resulta claro que, en cuanto la facultad de

regular la tarifa por el uso del espectro electromagnético destinado a la prestación del servicio público de televisión y las controversias originadas en el ejercicio de esa función son ajenas al principio de arbitrabilidad, en relación con la competencia para pronunciarse sobre la validez de las estipulaciones contractuales convenidas al margen del ordenamiento en esa materia, no le son aplicables al juez del recurso extraordinario los límites que tienen que ver con que no puede trascender a los aspectos sustanciales de la controversia, pues siendo ajena a los árbitros la competencia para pronunciarse sobre la función de regular la tarifa y las controversias originadas en su ejercicio, no cabe el entendimiento de que al pronunciarse sobre la nulidad de las estipulaciones contractuales convenidas en esa materia el juez estatal esté sustituyendo a los árbitros.

De conformidad con las disposiciones del Código Civil, “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” –art. 16- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” –art. 1519-, que impone al juez el deber declarar de oficio la nulidad absoluta, “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”, de conformidad con los artículos 1741, 1742 del Código Civil, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Establecido como está que, con las estipulaciones convenidas en la cláusula octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998, la Comisión Nacional de Televisión subordinó la función de regular la tarifa de la concesión del espectro electromagnético a la voluntad privada de un tercero; definió un precio con criterios ajenos a los establecidos legalmente y habilitó la posibilidad de que las controversias sobre la fijación de la tarifa, con el criterio del auditor y el elemento conmutativo por ella introducido sean sometidas a la decisión arbitral, contrariando abiertamente los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989 y verificado que i) la referida cláusula contractual es objeto de la *litis* en este proceso; ii) las partes en ese contrato concurren como convocante y convocada en el *sub examine* y iii) resultan manifiestas las contravenciones al derecho público de la nación, procede declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en esa cláusula, tal como lo exigen los artículos 1741, 172 del Código Civil; 44, 45 de la Ley 80 de 1993; 87 del Código Contencioso Administrativo y 306 del Código de Procedimiento Civil.

No se pronunciará la Sala sobre las restituciones, en cuanto i) se trata de la nulidad absoluta de una cláusula contractual, que no proyecta sus efectos sobre los demás aspectos del contrato de concesión, distintos de los convenidos en aquella estipulación y ii) como quedó establecido, la obligación del concesionario de pagar la tarifa por la autorización para operar y explotar el servicio público de televisión fue impuesta por ministerio de la ley, para lo cual a la Comisión Nacional de Televisión o la autoridad que la sustituyó en sus funciones, en su calidad de autoridad regulatoria y en ejercicio de la función que le atribuyen las disposiciones de esa ley, le corresponde adoptar las decisiones administrativas necesarias para fijar esta tarifa, con sujeción a los criterios establecidos en el literal g) del artículo 5º de la ley en comento.

Asimismo, comoquiera que la controversia para la que fue convocado y la competencia del tribunal de arbitramento se originaron en la aplicación de la cláusula contractual viciada de nulidad absoluta, se dejará sin efectos el proceso arbitral y laudo proferido.

2. 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, la condena en costas procede cuando se declare infundado el recurso de anulación y, en cuanto la controversia dirimida con el laudo arbitral impugnado se originó en la aplicación de las disposiciones de la cláusula octava que será declarada nula absolutamente, por sustracción de materia, no procede pronunciarse sobre el recurso interpuesto y las costas procesales.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta de la Cláusula Octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998 suscrito entre las partes, en cuanto contiene estipulaciones contractuales relativas a i) la negociación de un precio con criterios ajenos a los establecidos por la Ley 182 de 1995 para la definición la tarifa de la concesión y ii) la habilitación para que los árbitros conozcan de las controversias originadas en el ejercicio de la facultad de intervención del Estado, mediante la fijación de la tarifa y en el pago de una obligación impuesta por una ley en la que envuelto el orden público, que contravienen manifiestamente los artículos 75, 76, 116 y 365 de la Constitución Política; 4º, 5º, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **SE ANULA** el proceso arbitral y el laudo del 3 de abril de 2013, adelantado y proferido el Tribunal de Arbitramento convocado por la Comisión Nacional de Televisión para dirimir las controversias surgidas con la CEETTV S.A., con ocasión de la Cláusula Octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998, suscrito entre ellas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

NULIDAD ABSOLUTA DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES – Resalta que en asuntos similares no se hicieron pronunciamientos sobre el tema

No encuentro que se hayan expuesto de manera satisfactoria los argumentos para explicar por qué en otros dos recursos de anulación, la Sala no se ocupó del estudio de dicha nulidad absoluta frente a estipulaciones contractuales similares a la *sub examine* (Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 11 de julio de 2013 Rad. 45791 C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz y Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, C.P. Danilo Rojas). Es un asunto en el que quizás ha debido profundizar el fallo.

ACLARACION DE VOTO DOCTOR RAMIRO PAZOS GUERRERO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia de 5 de mayo de 2014, en la que declaró la nulidad absoluta de la cláusula octava del otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1997, en cuanto contiene estipulaciones relativas a i) la negociación de un precio con criterios ajenos a los establecidos por la Ley 182 de 1995 para la definición de la tarifa de la concesión y ii) la habilitación para que los árbitros conozcan de las controversias originadas en el ejercicio de la facultad de intervención del Estado, mediante la fijación de la tarifa y en el pago de una obligación impuesta por una ley en la que va envuelto el orden público, que contravienen los artículos 75, 76, 116 y 365 de la Constitución; 4, 5, 29,35,37,46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1º del Decreto 2279 de 1989, no encuentro que se hayan expuesto de manera satisfactoria los argumentos para explicar por qué en otros dos recursos de anulación, la Sala no se ocupó del estudio de dicha nulidad absoluta frente a estipulaciones contractuales similares a la *sub examine* (Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 11 de julio de 2013 Rad. 45791 C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz y Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, C.P. Danilo Rojas). Es un asunto en el que quizás ha debido profundizar el fallo.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ESTIPULACION DE CONTRATO DE CONCESION - Cláusula octava otrosí no infringe disposición legal / FIJACION DE PRECIO - No se demostró que corresponde a la tarifa a la que se refiere la ley para que se declarara la cláusula octava otrosí viciada de nulidad

Considero, contrario a lo manifestado en la sentencia de la cual me aparto, que no surge la evidente ilegalidad que allí se plantea, en relación con la cláusula octava del referido otrosí, por cuanto en la estipulación contractual se fijó como valor por

concepto de la prórroga y “por decisión de la Comisión”, la cantidad inicial de \$ 8 838 000 000 como “precio base”, más un ajuste –positivo o negativo- que surja del comportamiento real observado en la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local durante los años 2009 y 2010. Pues bien, se advierte que no está claramente demostrado que para la fijación de este denominado “precio”, que en realidad corresponde a la tarifa a la cual se refiere la ley, no se hayan tenido en cuenta por la Comisión Nacional de Televisión los criterios establecidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, como para poder afirmar tajantemente, como se hace en la providencia, que fueron desconocidos y dejados de lado en forma tan ostensible, que la cláusula quedó viciada de nulidad.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 5

TARIFA - Para su fijación la entidad reguladora puede acudir a servicios de terceros técnicos y especializados / TARIFA - Era viable acudir a auditor como se hizo por Comisión Nacional de Televisión / AUDITOR - Puede establecer el comportamiento real de la inversión neta en publicidad de televisión

Se observa que si bien la ley le atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión la función de establecer la tarifa que se debe pagar por el otorgamiento de las concesiones, ello no obsta para que la entidad, en aras de determinar los aspectos necesarios para la conformación de dicha tarifa, pudiera acudir a los servicios de terceros técnicos y especializados que cumplieran determinadas labores necesarias para ello, como sucedió en el presente caso, en el cual la CNTV recurrió a un tercero “auditor”, para que estableciera ese comportamiento real de la inversión neta en publicidad en televisión, sin que se pueda afirmar, como lo hace la sentencia, que por esta circunstancia se hubiera dejado en manos de un tercero la definición de la tarifa de la concesión.

COSTOS DEL SERVICIO PUBLICO - Proviene de venta de pauta publicitaria debiendo implementarse mecanismo por entidad reguladora para establecer comportamiento del mercado / ENCARGO DE AUDITOR - Determinó factor para la fijación de tarifa del servicio de televisión / RENUNCIA A FUNCION DE AUTORIDAD REGULADORA DE TARIFA - No es compartida la interpretación dada en la decisión, por no ser ese el sentido que se desprende de la cláusula contractual anulada

Se advierte que dentro de los criterios que la ley ordena tener en cuenta para efectos de establecer la tarifa por concepto de la concesión, el literal g del referido artículo 5º de la Ley 182, expresamente establece que se deben tener en cuenta: i) la recuperación de los costos del servicio público de televisión y ii) la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, aspectos éstos que sin lugar a dudas implican la necesidad de establecer la realidad tanto de los costos, como de los ingresos que los concesionarios pueden obtener por concepto de la prestación del servicio de televisión, los cuales, como es bien sabido, provienen precisamente de la venta de pauta publicitaria y de allí el deber de la entidad de implementar el mecanismo idóneo para determinar el comportamiento del mercado en este aspecto. Y lo cierto es que lo encargado al auditor, que según la cláusula en cuestión designaría la CNTV, fue la determinación de un elemento encaminado a establecer uno de los factores contemplados en el referido literal g) de la norma, que se debe tener también en cuenta para efectos de la fijación de la tarifa: los beneficios que la concesión le puede reportar al concesionario. Por lo anterior, no comparto la afirmación

conforme a la cual la Comisión Nacional de Televisión “renunció a la función de regular la tarifa de la concesión con sujeción a los criterios definidos en el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995” y subordinó la fijación de la tarifa a la decisión de un tercero, pues en realidad ese no es el sentido que se desprende de la cláusula contractual anulada.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 5

HABILITACION TARIFA DE PRORROGA DE CONCESION - Contrario a lo sostenido en fallo lo firmado por las partes fue cláusula compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - En contrato de concesión convenida para definir por árbitros conflictos surgidos entre las partes / ARBITROS - Se pactó que decidirían diferencias por pagos a cargo del concesionario sin que ello implicara determinar tarifa / TARIFA - Estaba ya fijada en negocio jurídico

Como tampoco comparto la afirmación de que la CNTV, con la cláusula octava del otrosí 4, “habilitó que la tarifa de la prórroga de la concesión sería definida por los árbitros, esto es, trasladó a la decisión arbitral un asunto ajeno a su poder dispositivo, como lo es el ejercicio de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético, a través de la regulación”, puesto que la realidad es que las partes suscribieron un contrato de concesión, en el cual se incluyó una cláusula compromisoria, en virtud de la cual decidieron someter a la decisión de árbitros “toda controversia o diferencia relativa a este contrato o relacionado con el mismo”, entre las que bien podía estar el punto relacionado con los pagos a cargo del concesionario, sin que ello implicara determinar la tarifa, dado que la misma ya se encontraba fijada en el negocio jurídico.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION - La reserva de este derecho a solicitar su restablecimiento ante juez no implica dejar de lado regulación aplicable, ni naturaleza del contrato de concesión, ni la tarifa

De otro lado, el hecho de que en la cláusula octava del otrosí 4 se haya dejado la estipulación de que las partes “se reservan el derecho” a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando consideren que se vio afectado en su contra, no significa que el juez, al resolver sobre las reclamaciones que en este sentido elevan aquellas, deba hacerlo dejando de lado la normatividad aplicable, la naturaleza del contrato suscrito por ellas y la tarifa legalmente determinada por la CNTV, puesto que independientemente de las afirmaciones de demandante y demandada, a él le corresponde la aplicación de la ley al caso concreto.

RESERVA DEL DERECHO PACTADO POR LAS PARTES - Es decir el de reclamar lo siguen teniendo así no se estipule en contrato y derecho a que se decida por autoridad judicial / RESERVA DEL DERECHO A RECLAMAR - Si se pacta en cláusula compromisoria este acuerdo no es causal de vicio de nulidad / DECISION DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Al resolver conflicto en laudo arbitral dada la naturaleza del recurso extraordinario de anulación es cuestión que escapa a la decisión del juez del recurso / JUEZ DEL RECURSO DE ANULACION - Solo puede pronunciarse frente a causales de anulación alegadas expresamente y para corregir y errores in procedendo / NULIDAD ABSOLUTA - Solo surge cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato / NULIDAD ABSOLUTA - Regulación legal

Esa facultad que las partes “se reservaron”, es decir el derecho a reclamar, lo tenían y lo siguen teniendo, así no se estipule en el contrato, lo que no significa que tengan el derecho a una decisión judicial en uno u otro sentido. Y el hecho de que se hubiera pactado expresamente en la cláusula contractual, no la vicia de nulidad. Y en este punto resulta necesario reiterar que las argumentaciones e interpretaciones que hubiera efectuado el tribunal de arbitramento para resolver la controversia a través del laudo arbitral, dada la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, son una cuestión que escapa a la decisión del juez del recurso, quien sólo puede decidir dentro del marco establecido por las causales de anulación alegadas expresamente y para corregir, de manera principal, errores in procedendo. Y si bien es cierto que el juez del recurso de anulación bien puede declarar de oficio la nulidad absoluta total o parcial del contrato objeto de la controversia que se decidió mediante el laudo arbitral impugnado, también lo es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del C.C., -norma que atribuye dicha facultad al juez en general-, la misma sólo surge cuando la nulidad absoluta “aparezca de manifiesto en el acto o contrato”.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1936 – ARTICULO 2 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1742

COMPETENCIA DE JUEZ CONTENCIOSO - Puede declarar nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Esta facultado juez administrativo para declararla cuando esté plenamente demostrada en proceso / PRUEBA DE NULIDAD ABSOLUTA – No se acreditó este requisito

A su vez, el artículo 87 del C.C.A –Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, dispone que el juez administrativo queda facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “cuando esté plenamente demostrada en el proceso”, requisito que, a mi parecer, en el presente caso no se configura.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 32

NULIDAD ABSOLUTA DE OFICIO – Limitación temporal no predicable de la facultad judicial / NULIDAD ABSOLUTA DE OFICIO - Se predica de las partes que pretendan demandar dicha pretensión

Finalmente, advierto que en la sentencia de la cual me aparto se afirmó que la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, estaba sujeta a que no se hubiera vencido el término de caducidad de la acción, afirmación que, a mi juicio, resulta incorrecta, puesto que dicha limitación temporal no se predica de la facultad judicial en cuestión, sino frente a las partes que pretendan demandar con dicha pretensión anulatoria.

SALVAMENTO DE VOTO DOCTOR DANILO ROJAS BETANCOURTH

A continuación y con el acostumbrado respeto, expongo las razones por las cuales no comparto la decisión de la Sala en el asunto de referencia.

La razón que condujo a la Sala a declarar la nulidad tanto del proceso arbitral como del laudo impugnado, radicó en el hecho de que encontró que la cláusula octava del otrosí n.º 4 del contrato objeto de la controversia que allí se decidió, estaba viciada de nulidad absoluta y así lo declaró. Se consideró que mediante esta estipulación contractual, se terminó otorgando competencia a los árbitros para pronunciarse sobre aspectos respecto de los cuales les estaba vedado cualquier pronunciamiento. Sostuvo:

La Sala observa que en el sub examine la Comisión Nacional de Televisión convocó al tribunal de arbitramento, para dirimir las controversias originadas en la aplicación de las estipulaciones del Otrosí n.º 4 del contrato n.º 167 de 1998 suscrito con la CEETTV S.A., relativas a la fijación del precio de la concesión durante la prórroga que sustentan la controversia, en cuanto introdujeron un criterio conmutativo ajeno a la tarifa impuesta por la ley para la remuneración de la concesión, al punto que dieron lugar a que se invoque el restablecimiento del equilibrio económico y se habilite al tribunal para conocer de las controversias originadas en el ejercicio de la función de intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, mediante la regulación de la tarifa. Contrariando, abiertamente los artículos 75, 76, 116 y 365 constitucionales, las disposiciones de la Ley 182 de 1995 y el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989.

Consideró la Sala que la Comisión Nacional de Televisión ignoró su deber legal de fijar la tarifa de la concesión directamente, para dejar en manos de un tercero su determinación bajo la forma de un precio a partir de unos supuestos ajenos a lo dispuesto por la Ley 182 de 1995 para tales efectos.

Al respecto, estimo que efectivamente, le corresponde a la autoridad reguladora del servicio de televisión la fijación de la tarifa o derecho que debe cancelar el concesionario, por la autorización que le permite operar y explotar el servicio de televisión.

Según las disposiciones de la Ley 182 de 1995, la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, para cuya prestación por entidades públicas, particulares o comunidades organizadas, se requiere del otorgamiento de una concesión -art. 1º-. Para tales efectos, el Estado estaba representado por la Comisión Nacional de Televisión⁴⁴ -art.4º-, entidad que dentro de sus funciones -art. 5º- tenía la de reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, -literal e-, la asignación de las frecuencias que deban utilizar los operadores del servicio de

⁴⁴ Hoy lo es por la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-, Ley 1507 de 2012.

televisión –literal f- y la fijación de los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto de, entre otros, el otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias -literal g-, teniendo en cuenta que la tarifa por concepto del otorgamiento de la concesión por contrato o licencia, es independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio –art. 48-. En relación con la fijación de tarifas, derechos y tasas, la ley dispone que:

Artículo 5º.- (...)

g. (...) 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.

Para la Sala, esta disposición fue violada por la cláusula octava del otrosí n.º 4 al contrato de concesión n.º 167 de 1998, mediante el cual se produjo la prórroga del mismo, por cuanto a su juicio, al establecer un modelo de valoración “*que da cuenta de que el precio base de la concesión durante la prórroga se estableció exclusivamente en una proporción de la Inversión Neta en la Pauta Publicitaria de Televisión-INPTV, esto es descontados los costos de inversión y los gastos*”, fue desconocida en él la anterior disposición legal, ya que no se fijó para dicha prórroga una tarifa sino un precio, fijado específicamente en función de los riesgos propios de un mercado de libre competencia, es decir basado en la disputa por la comercialización de la pauta publicitaria entre los distintos competidores.

Considero, contrario a lo manifestado en la sentencia de la cual me aparto, que no surge la evidente ilegalidad que allí se plantea, en relación con la cláusula octava

del referido otrosí, por cuanto en la estipulación contractual se fijó como valor por concepto de la prórroga y *“por decisión de la Comisión”*, la cantidad inicial de \$ 8 838 000 000 como “precio base”, más un ajuste –positivo o negativo- que surja del comportamiento real observado en la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local durante los años 2009 y 2010.

Pues bien, se advierte que no está claramente demostrado que para la fijación de este denominado “precio”, que en realidad corresponde a la tarifa a la cual se refiere la ley, no se hayan tenido en cuenta por la Comisión Nacional de Televisión los criterios establecidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, como para poder afirmar tajantemente, como se hace en la providencia, que fueron desconocidos y dejados de lado en forma tan ostensible, que la cláusula quedó viciada de nulidad.

Por otra parte, se observa que si bien la ley le atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión la función de establecer la tarifa que se debe pagar por el otorgamiento de las concesiones, ello no obsta para que la entidad, en aras de determinar los aspectos necesarios para la conformación de dicha tarifa, pudiera acudir a los servicios de terceros técnicos y especializados que cumplieran determinadas labores necesarias para ello, como sucedió en el presente caso, en el cual la CNTV recurrió a un tercero “auditor”, para que estableciera ese comportamiento real de la inversión neta en publicidad en televisión, sin que se pueda afirmar, como lo hace la sentencia, que por esta circunstancia se hubiera dejado en manos de un tercero la definición de la tarifa de la concesión.

Ahora bien, se advierte que dentro de los criterios que la ley ordena tener en cuenta para efectos de establecer la tarifa por concepto de la concesión, el literal g) del referido artículo 5º de la Ley 182, expresamente establece que se deben tener en cuenta: i) la recuperación de los costos del servicio público de televisión y ii) la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, aspectos éstos que sin lugar a dudas implican la necesidad de establecer la realidad tanto de los costos, como de los ingresos que los concesionarios pueden obtener por concepto de la prestación del servicio de televisión, los cuales, como es bien sabido, provienen precisamente de la venta de pauta publicitaria y de allí el deber de la entidad de implementar el mecanismo idóneo para determinar el comportamiento del mercado en este aspecto.

Y lo cierto es que lo encargado al auditor, que según la cláusula en cuestión designaría la CNTV, fue la determinación de un elemento encaminado a establecer uno de los factores contemplados en el referido literal g) de la norma, que se debe tener también en cuenta para efectos de la fijación de la tarifa: los beneficios que la concesión le puede reportar al concesionario.

Por lo anterior, no comparto la afirmación conforme a la cual la Comisión Nacional de Televisión *“renunció a la función de regular la tarifa de la concesión con sujeción a los criterios definidos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995”* y subordinó la fijación de la tarifa a la decisión de un tercero, pues en realidad ese no es el sentido que se desprende de la cláusula contractual anulada.

Como tampoco comparto la afirmación de que la CNTV, con la cláusula octava del otrosí 4, *“habilitó que la tarifa de la prórroga de la concesión sería definida por los árbitros, esto es, trasladó a la decisión arbitral un asunto ajeno a su poder dispositivo, como lo es el ejercicio de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético, a través de la regulación”*, puesto que la realidad es que las partes suscribieron un contrato de concesión, en el cual se incluyó una cláusula compromisoria, en virtud de la cual decidieron someter a la decisión de árbitros *“toda controversia o diferencia relativa a este contrato o relacionado con el mismo”*, entre las que bien podía estar el punto relacionado con los pagos a cargo del concesionario, sin que ello implicara determinar la tarifa, dado que la misma ya se encontraba fijada en el negocio jurídico.

De otro lado, el hecho de que en la cláusula octava del otrosí 4 se haya dejado la estipulación de que las partes *“se reservan el derecho”* a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando consideren que se vio afectado en su contra, no significa que el juez, al resolver sobre las reclamaciones que en este sentido elevan aquellas, deba hacerlo dejando de lado la normatividad aplicable, la naturaleza del contrato suscrito por ellas y la tarifa legalmente determinada por la CNTV, puesto que independientemente de las afirmaciones de demandante y demandada, a él le corresponde la aplicación de la ley al caso concreto.

Esa facultad que las partes *“se reservaron”*, es decir el derecho a reclamar, lo tenían y lo siguen teniendo, así no se estipule en el contrato, lo que no significa que tengan el derecho a una decisión judicial en uno u otro sentido. Y el hecho de

que se hubiera pactado expresamente en la cláusula contractual, no la vicia de nulidad.

Y en este punto resulta necesario reiterar que las argumentaciones e interpretaciones que hubiera efectuado el tribunal de arbitramento para resolver la controversia a través del laudo arbitral, dada la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, son una cuestión que escapa a la decisión del juez del recurso, quien sólo puede decidir dentro del marco establecido por las causales de anulación alegadas expresamente y para corregir, de manera principal, errores *in procedendo*.

Y si bien es cierto que el juez del recurso de anulación bien puede declarar de oficio la nulidad absoluta total o parcial del contrato objeto de la controversia que se decidió mediante el laudo arbitral impugnado, también lo es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del C.C., -norma que atribuye dicha facultad al juez en general-, la misma sólo surge cuando la nulidad absoluta *“aparezca de manifiesto en el acto o contrato”*.

A su vez, el artículo 87 del C.C.A –Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, dispone que el juez administrativo queda facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato *“cuando esté plenamente demostrada en el proceso”*, requisito que, a mi parecer, en el presente caso no se configura.

Finalmente, advierto que en la sentencia de la cual me aparto se afirmó que la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, estaba sujeta a que no se hubiera vencido el término de caducidad de la acción, afirmación que, a mi juicio, resulta incorrecta, puesto que dicha limitación temporal no se predica de la facultad judicial en cuestión, sino frente a las partes que pretendan demandar con dicha pretensión anulatoria.

En los anteriores términos, dejo consignado mi salvamento de voto.

DANILO ROJAS BETANCOURTH

