

## **COMPETENCIA – Recurso extraordinario de anulación**

La 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. (...) Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer del recurso extraordinario 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.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – No constituye segunda instancia**

Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala, 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.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 – Alcance**

Para la convocada, i) en tanto se sostiene en los elementos probatorios allegados al proceso, el ordenamiento aplicable, políticas de orden nacional y criterios jurisprudenciales, la decisión de los árbitros se profirió en derecho y ii) los errores invocados en esta causal exceden los límites del recurso de anulación. Como lo ha venido reiterando esta Corporación, el fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto fallar en derecho no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad, más que en regulaciones positivas. (...) Para la Sala el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia, con fundamento en la cláusula arbitral; ii) analizó las estipulaciones contractuales, esto es, las pactadas en el contrato de concesión y el Otrosí n.º 4, suscritos por las partes con el objeto de convenir en la prórroga, a la luz de las disposiciones de las Leyes 80 de 1983, 182 de 1995 y 680 de 2001; iii) valoró las pruebas documentales y testimoniales y iv) concluyó con el análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

## **CAUSAL 6 DEL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 – Configuración**

Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que los árbitros apoyaron la decisión de declarar las excepciones relativas a la inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, cumplimiento por parte de la convocada, riesgos a cargo de la convocante y negar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero en el contrato suscrito, en las disposiciones vigentes y la valoración de los elementos probatorios obrantes en el

expediente. Circunstancias que desvirtúan los fundamentos del cargo, en lo que tiene que ver con la falta de prueba alegada. En efecto, los árbitros dieron cuenta de que, si bien las partes no convinieron en la revisión del precio de la concesión por la no entrada del tercer canal, en cuanto se trata de un contrato estatal, a la convocante le asiste el derecho a demandar el restablecimiento del equilibrio económico, con fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, sujeto a que se acredite que la ecuación financiera se alteró por hechos imprevisibles, no imputables a la convocante y sin que proceda cuando el desequilibrio obedece al dolo, culpa de quien demanda o se trata de un riesgo a su cargo. Esto último, por cuanto es del objeto de todo contrato asignar o asumir los riesgos propios de las prestaciones contraídas. Exigencias legales que los árbitros dieron por no acreditadas, en cuanto consideraron que los elementos probatorios dan cuenta de que la no entrada en operación del canal obedeció a hechos previsibles, enteramente imputables a la convocada que decidió no adjudicar, a partir de los reparos formulados por los órganos de control al proceso de contratación. No cabe duda en cuanto a que los árbitros concluyeron que la decisión sobre la adjudicación del tercer canal es un riesgo a cargo de la convocante y, asimismo, que esa contratación se frustró por hechos ordinarios, previsibles, atinentes al ejercicio de los mecanismos de control a los que se sujeta, a partir de la valoración conjunta de los elementos probatorios y el contrato sub iudice. De donde la falta de prueba que en el recurso se endilga al laudo es infundada.

### **CONTRATO ESTATAL – Licitación pública – Adjudicación – Hecho extraordinario o imprevisible**

Para la Sala resulta claro que, *stricto sensu*, el recurso no se sostiene en la falta prueba de los hechos en que se fundan las conclusiones del laudo, esto es, que en el proceso no se haya acreditado la decisión de la convocante de no adjudicar el tercer canal, fundada en las recomendaciones de los órganos de control y las medidas adoptadas por esta Corporación, habida cuenta que los argumentos se orientan a señalar que, a la luz de los criterios jurisprudenciales, en las licitaciones la no adjudicación es un hecho extraordinario, imprevisible y que la conclusión en sentido contrario es infundada. La Sala no podrá abordar el estudio de los argumentos del recurso dirigidos a cuestionar que las conclusiones del laudo se apartan de la jurisprudencia de esta Corporación y decisiones arbitrales sobre la misma materia, porque, lejos de demostrar que se falló en conciencia, esos argumentos se enfilan a cuestionar las razones de fondo en las que se sostiene el laudo, ajenas a la competencia del juez del recurso de anulación. (...)

Finalmente, la recurrente cuestiona el laudo con el argumento de que la conclusión en sentido de que la decisión sobre la adjudicación del contrato estatal constituye un riesgo político es infundada. Empero, en cuanto se sostiene en que ese hecho no se acompasa con la definición de riesgo político, el cargo se orienta a enjuiciar las razones de fondo del laudo, asunto que excede el recurso de anulación.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 – Alcance**

A juicio de la recurrente, el laudo debe anularse por ser contrario al principio de congruencia, en cuanto considera que, sin que la controversia comprendiera la ruptura de la ecuación económica del contrato, la asignación y el acaecimiento de un riesgo político y el hecho cierto de la entrada del tercer canal, el Tribunal decidió que la no adjudicación de ese canal es un riesgo que la convocada debía gestionar y asumir sus consecuencias. (...) Con sujeción a las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. En virtud del principio de congruencia, la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que el laudo no puede conceder más (*ultra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco puede el juez arbitral otorgar menos de lo pretendido y probado (*infra o citra petita*), discordancia que se enmarca en la causal 9ª de la misma normatividad.

## **CAUSAL 8 DEL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 – Configuración**

Para la Sala resulta claro que i) las pretensiones procuran el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, con fundamento en que se rompió por la no entrada en operación del tercer canal de televisión abierta nacional; ii) las pretensiones y causa petendi tienen que ver con que el nuevo canal no entró en operación por hechos extraordinarios ajenos a la convocante; iii) los fundamentos de derecho comprenden las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que sujetan el restablecimiento del equilibrio económico a hechos imprevisibles, no imputables a la convocante y iv) las excepciones se fundan en que, en cuanto el hecho invocado como causa del desequilibrio económico es previsible e imputable a la convocante, no procede el restablecimiento pretendido. Siendo así, huelga concluir que, de cara a resolver la litis en los términos planteados por las partes, a los árbitros le correspondía decidir si i) el hecho de no haber entrado en operación el tercer canal de televisión, invocado en la demanda, daba lugar al restablecimiento de la ecuación económica del contrato de pretendido por la convocante, asunto que, de conformidad con lo reglado por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, exige el análisis de la causa del desequilibrio invocada y ii) se trataba de un hecho extraordinario o previsible, como lo plantearon las partes. Por las anteriores razones, la Sala no encuentra respaldo al cargo formulado sobre la base de que la controversia no comprendía el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato y las causas del mismo. En ese orden, carecen de fundamento los argumentos del recurso en el sentido de que el laudo concedió más de lo pedido, al decidir con apoyo en que la no adjudicación el contrato de concesión del tercer canal constituye un hecho previsible y un riesgo a cargo de la entidad convocante. Así las cosas, el cargo por desconocimiento del principio de congruencia es infundado y, en tanto se orienta a insistir en los cuestionamientos a las razones de fondo en que se sostiene el laudo, recae sobre asuntos ajenos al recurso de anulación formulado.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SALA PLENA**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00053-00(46992)**

**Actor: CEETTV S.A.**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Procede la Sala a dar cumplimiento a la sentencia de tutela del pasado 17 de

marzo de 2016, proferida por la Sala de la Sección Quinta de la Corporación<sup>1</sup> para dejar sin efectos el fallo dictado en este proceso el 29 de mayo de 2014 y disponer que se “...profiera una nueva sentencia, en la cual estudie el recurso de anulación presentado por la 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 las diferencias entre las partes que adoptó 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

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, Expediente No. 11001-03-15-000-2014-03668-01.

1. El 29 de mayo de 2014, la Sala de la Subsección B dictó sentencia para decidir sobre el recurso de anulación de que aquí se trata, en el sentido de declarar *ex officio* 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 el pago de una obligación impuesta por una ley en la que envuelto el orden público, en contravención manifiesta de 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.

2. En consecuencia, se dispuso, asimismo, anular el proceso arbitral adelantado y el laudo del 3 de abril de 2013, 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 disposición contractual nula.

3. La anterior decisión se fundó, en síntesis, en que las mencionadas estipulaciones contractuales contrarían ostensiblemente el ordenamiento superior, en cuanto con ellas, i) sin autorización legal, la convocante transfirió a un tercero la facultad legal de fijar la tarifa de la concesión de un bien de uso público, la que por mandato constitucional y legal debe mantenerse en cabeza del Estado, al punto que la autoridad reguladora debió sujetarse al precio fijado por el tercero, habilitar a los árbitros para que decidan sobre asuntos propios del ejercicio de la función pública a su cargo y convocar el tribunal, fundada, entre otras razones, en que el precio de la concesión fijado por el tercero es lesivo del patrimonio público y ii) las partes convinieron en que la tarifa de la concesión del bien de uso público se fije con criterios distintos de los legales.

4. El 17 de marzo de 2016, la Sala de la Sección Quinta de la Corporación, actuando como juez de tutela, decidió dejar sin efectos la sentencia del 29 de mayo de 2014 y dispuso que se “...*profiera una nueva sentencia, en la cual estudie el recurso de anulación...*”, en cuanto consideró que, si bien al juez del recurso de anulación le corresponde declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato en el que se origina la controversia sometida a la decisión arbitral, en este caso no es manifiesta u ostensible la nulidad declarada.

5. El 31 de mayo de 2016, por edicto desfijado en esa fecha, la Corte Constitucional notificó la decisión de no seleccionar para revisión la sentencia de tutela proferida por la Sala de la Sección Quinta.

## **6. La demanda arbitral**

### **6.1. 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 201 demostrada en el proceso.
- 9. NOVENA PRINCIPAL ESPECÍFICA.**– Que se condene al Concesionario al pago de los intereses señalados en el parágrafo 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.

## **6.2. Fundamentos**

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

6.2.1. El 19 de junio de 1998, previa convocatoria pública, la Comisión Nacional de Televisión y la Casa Editorial El Tiempo S.A. –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.

6.2.2. 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.

6.2.3. 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, debiendo establecerse esta variable determinante del precio con la información de 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 acordada entre 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.

6.2.4. 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, porque 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.

6.2.5. 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 ese contrato, el tercero designado 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.

6.2.6. A juicio de la convocante, por las condiciones convenidas en el Otrosí n.º 4, el precio final de la concesión resulta muy vulnerable, en cuanto –se destaca– «[cualquier 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.–.

6.2.7. En ese orden, la convocante invoca el rompimiento del equilibrio económico del Contrato y procura que se restablezca con 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.

## **7. Intervención pasiva**

### **7.1. 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 tanto 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 económico por la no entrada en operación del tercer canal, el Tribunal concluyó que a la convocante 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, 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 convocante 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 tercero; iii) en cuanto las partes no acordaron procedimientos, metodologías y criterios para la determinación del precio, la fijación hecha por el tercero 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 esos 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, en cuanto convino en la determinación del precio final con fundamento en la fijación conferida al auditor.

Finalmente, el Tribunal también despachó desfavorablemente las pretensiones subsidiarias por 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 entidad 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, las actuaciones surtidas para valorar la concesión de un tercer canal y las prórrogas de las concesiones vigentes, las licitaciones adelantadas para la adjudicación del nuevo canal de televisión abierta nacional, los testimonios, el dictamen pericial y la confesión de la convocada, que dan cuenta de que las partes sujetaron el precio de la prórroga al “supuesto” o “previsión” de la entrada en operación comercial del tercer canal, para concluir el tribunal en sentido contrario, a partir de hechos sobrevinientes y sin respaldo probatorio, esto es, que

cuando las partes suscribieron el Otrosí n.º 4 era previsible la no adjudicación del nuevo canal, además de que los árbitros encuadraron ese hecho en la categoría del riesgo político, del que trata el Documento CONPES 3714 de 2001 ajeno al proceso, sin evidencia que acredite su existencia y materialización.

A juicio de la recurrente, en tanto las conclusiones, en el sentido de que la no adjudicación del tercer canal era un hecho previsible y constituye un riesgo político que la convocante debe asumir, carecen de respaldo normativo y probatorio, desconocen la jurisprudencia de esta Corporación, a cuyo entendimiento en los procesos de selección lo previsible es la adjudicación, mientras lo extraordinario es el fracaso de la contratación y se apartan de decisiones arbitrales anteriores, en las que quedó establecido que las licitaciones para adjudicar el contrato de concesión del tercer canal terminaron por hechos extraordinarios no imputables a la convocante, el Tribunal omitió su deber de fallar en derecho, como 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 demandada, 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 (...) 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 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, 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**

La 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 lo ordenado en la sentencia de tutela del pasado 17 de marzo de 2016 proferida por la Sala de la Sección Quinta de la Corporación y 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. –CEETTV S.A.–.

Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer del recurso extraordinario 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.

Por otra parte, como se viene reiterando en la jurisprudencia de la Sección, en razón de la materia sobre la que recae la *litis*, en este tipo de asuntos no es

necesario el pronunciamiento prejudicial del Tribunal Andino<sup>2</sup>.

## 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 el precio final de 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 que 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 iv) 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

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 27 de septiembre de 2013, ponente: Ramiro Pazos Guerrero, expediente 41.064; Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente 53.054; Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz, expediente 53.585.

precios, con sujeción a los cuales se convino la fijación del precio final de la concesión durante la prórroga.

### **3. Análisis de los cargos**

#### **3.1. Cuestiones previas. Alcance de la decisión**

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 6° y 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocadas por la recurrente.

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”.

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

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala<sup>4</sup>, 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.

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

A juicio de la recurrente, los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, en síntesis, porque, i) desconociendo los elementos probatorios que dan cuenta de que en la suscripción del contrato de concesión y la prórroga contenida en el Otrosí n.º 4 era previsible la entrada en operación del tercer canal, sin fundamento concluyeron en sentido contrario, esto es que desde entonces se podía prever que no se adjudicaría el nuevo canal, sin que medie prueba que así lo demuestre y ii) calificaron este hecho como un riesgo político, con fundamento en documentos ajenos al proceso y sin elementos que acrediten la materialización del mismo.

En ese orden, sostiene que, en cuanto las conclusiones, relativas a que la no adjudicación del nuevo canal de televisión era previsible y constituye un riesgo político a cargo de la convocante, en las que se sostiene carecen de respaldo probatorio, el laudo se fundó exclusivamente en razones de equidad y no de derecho, como lo exige la cláusula compromisoria.

Para la convocada, i) en tanto se sostiene en los elementos probatorios allegados al proceso, el ordenamiento aplicable, políticas de orden nacional y criterios jurisprudenciales, la decisión de los árbitros se profirió en derecho y ii) los errores invocados en esta causal exceden los límites del recurso de anulación.

Como lo ha venido reiterando esta Corporación, el fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este, sin perjuicio de que,

---

<sup>4</sup> 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.

como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto fallar en derecho no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad, más que en regulaciones positivas.

Sobre la aplicación del principio de equidad, la Corporación ha reiterado<sup>5</sup>:

*“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad<sup>6</sup>, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.*

*El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”<sup>7</sup>.*

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

*De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal<sup>8</sup>. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la*

---

<sup>5</sup> Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicación 11001-03-26-000-2009-00118-00 (37787), entre otras.

<sup>6</sup> “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896”.

<sup>7</sup> “GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo”.

<sup>8</sup> “GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss”.

*decisión*<sup>9</sup>.

*Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales*<sup>10</sup>. *El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.*

Siendo así, de entrada se observa que el hecho de que en el recurso se sostenga que el fallo se profirió en equidad, pone de presente lo infundado de la causal invocada.

Para la Sala el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia, con fundamento en la cláusula arbitral; ii) analizó las estipulaciones contractuales, esto es, las pactadas en el contrato de concesión y el Otrosí n.º 4, suscritos por las partes con el objeto de convenir en la prórroga, a la luz de las disposiciones de las Leyes 80 de 1983, 182 de 1995 y 680 de 2001; iii) valoró las pruebas documentales y testimoniales y iv) concluyó con el análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que los árbitros apoyaron la decisión de declarar las excepciones relativas a la inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, cumplimiento por parte de la convocada, riesgos a cargo de la convocante y negar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero en el contrato suscrito, en las disposiciones vigentes y la valoración de los elementos probatorios obrantes en el expediente. Circunstancias que desvirtúan los fundamentos del cargo, en lo que tiene que ver con la falta de prueba alegada.

En efecto, los árbitros dieron cuenta de que, si bien las partes no convinieron en la revisión del precio de la concesión por la no entrada del tercer canal, en cuanto se trata de un contrato estatal, a la convocante le asiste el derecho a demandar el restablecimiento del equilibrio económico, con fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, sujeto a que se acredite que la ecuación financiera se alteró por hechos imprevisibles, no imputables a la convocante y sin

---

<sup>9</sup> "WINDSCHEID, Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102*".

<sup>10</sup> "La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él". Cfr. *DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.*

que proceda cuando el desequilibrio obedece al dolo, culpa de quien demanda o se trata de un riesgo a su cargo. Esto último, por cuanto es del objeto de todo contrato asignar o asumir los riesgos propios de las prestaciones contraídas.

Exigencias legales que los árbitros dieron por no acreditadas, en cuanto consideraron que los elementos probatorios dan cuenta de que la no entrada en operación del canal obedeció a hechos previsibles, enteramente imputables a la convocada que decidió no adjudicar, a partir de los reparos formulados por los órganos de control al proceso de contratación.

Asimismo, los árbitros enfatizaron en que la no adjudicación constituye un riesgo implícito que, conforme con el contrato suscrito, está a cargo de la convocante, porque ella tiene la gestión y control de esa decisión.

Así se lee, en lo pertinente del laudo –se destaca–:

#### *2.4 Quién dio lugar a la no adjudicación y por qué causas?*

*Se trata de un tema que fue objeto de debate en el proceso; la controversia se plantea en relación con las causas por las que se frustra tanto la primera como la segunda licitación. Está probado que la CNTV decide acoger la recomendación tanto de la Procuraduría como de la Contraloría, por las objeciones jurídicas de ambas entidades de control.*

*La adjudicación de la segunda licitación se frustra porque la CNTV, obrando de manera prudente, decide acoger la recomendación de la delegada de la Procuraduría General de la Nación, que estimaba que, pese a no hallarse en firme la decisión de suspensión provisional del Consejo de Estado, era preferible no adjudicar en tales condiciones (...).*

*Procede el Tribunal a analizar la naturaleza del hecho de la no adjudicación del tercer canal abierto de televisión nacional, en orden a establecer si se trata de un hecho extraordinario e imprevisto, o si se trata de un riesgo previsible que debe soportar la CNTV.*

*La decisión de no adjudicar el tercer canal de televisión abierta nacional es proveniente –no le cabe duda alguna al Tribunal– de la parte convocante. Tampoco cabe duda, porque fue incluso objeto de comentarios públicos en su momento, que el proceso se vio alterado y aún obstaculizado por intereses de naturaleza contraria al mismo.*

*En todo caso, las dos licitaciones, formalmente, fueron objeto de serio cuestionamientos. La primera, por parte de las entidades de control, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República; la segunda, por parte del Consejo de Estado, que suspende provisionalmente parte del acto administrativo contentivo del pliego de condiciones de la licitación en cuestión, decisión que, si bien no estaba en firme, determinó que la CNTV, por recomendación de la delegada de la Procuraduría General de la*

*Nación, optara por suspender el proceso licitatorio. Independientemente de que es claro que la CNTV obra prudentemente en los dos casos, este Tribunal considera que las intervenciones de las dos entidades de control citadas y del Consejo de Estado, como tales, no pueden ser consideradas como hechos imprevisibles, extraordinarios o sobrevinientes, no imputables a la entidad estatal contratante, en los términos y alcance de los artículos 3° numeral 1 y 27 de la Ley 80. En este orden de ideas, no considera el Tribunal que pueda considerarse que las actuaciones de estas entidades, dos de ellas de control y la tercera de carácter jurisdiccional, se repite, puedan 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 licitaciones.*

*En cambio, considera el Tribunal que la frustración de la adjudicación y la imposibilidad de la consecuente entrada del tercer canal de televisión abierta nacional constituye más bien un riesgo previsible, y en todo caso un riesgo que debía soportar la entidad estatal, en tanto ella estaba en capacidad de gestionarlo y manejarlo. La fundamentación de lo anterior tiene clara relación con la teoría de los riesgos asignados en los contratos, asignación que puede ser explícita o implícita, pero que existe en todo contrato, en tanto que finalmente, de cualquier contrato, estatal o privado, puede afirmarse que contiene una asignación de riesgos que se distribuyen entre las partes; estos riesgos, como se dijo, pueden ser asignados expresamente o pueden deducirse de la estructura contractual, como en el presente caso –fls. 49 y 50–.*

Siendo así, no cabe duda en cuanto a que los árbitros concluyeron que la decisión sobre la adjudicación del tercer canal es un riesgo a cargo de la convocante y, asimismo, que esa contratación se frustró por hechos ordinarios, previsibles, atinentes al ejercicio de los mecanismos de control a los que se sujeta, a partir de la valoración conjunta de los elementos probatorios y el contrato *sub judice*. De donde la falta de prueba que en el recurso se endilga al laudo es infundada.

Asimismo, para la Sala resulta claro que, *stricto sensu*, el recurso no se sostiene en la falta de prueba de los hechos en que se fundan las conclusiones del laudo, esto es, que en el proceso no se haya acreditado la decisión de la convocante de no adjudicar el tercer canal, fundada en las recomendaciones de los órganos de control y las medidas adoptadas por esta Corporación, habida cuenta que los argumentos se orientan a señalar que, a la luz de los criterios jurisprudenciales, en las licitaciones la no adjudicación es un hecho extraordinario, imprevisible y que la conclusión en sentido contrario es infundada.

La Sala no podrá abordar el estudio de los argumentos del recurso dirigidos a cuestionar que las conclusiones del laudo se apartan de la jurisprudencia de esta Corporación y decisiones arbitrales sobre la misma materia, porque, lejos de demostrar que se falló en conciencia, esos argumentos se enfilan a cuestionar las

razones de fondo en las que se sostiene el laudo, ajenas a la competencia del juez del recurso de anulación.

Ahora bien, para la Sala, la valoración que los árbitros hicieron del contrato *sub judice* a la luz de los documentos CONPES no desvirtúa el fallo en derecho, no solo porque estos contienen lineamientos de política nacional adoptados en cumplimiento del ordenamiento vigente, sino, principalmente, porque la conclusión de los árbitros, en lo relativo a que la decisión sobre la adjudicación es un riesgo a cargo de la entidad responsable del proceso licitatorio, se funda en la valoración conjunta de los elementos probatorios, incluido el contrato suscrito entre las partes y no exclusivamente en los mencionados documentos, como se sostiene en el recurso.

Finalmente, la recurrente cuestiona el laudo con el argumento de que la conclusión el sentido de que la decisión sobre la adjudicación del contrato estatal constituye un riesgo político es infundada. Empero, en cuanto se sostiene en que ese hecho no se acompasa con la definición de riesgo político, el cargo se orienta a enjuiciar las razones de fondo del laudo, asunto que excede el recurso de anulación.

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

A juicio de la recurrente, el laudo debe anularse por ser contrario al principio de congruencia, en cuanto considera que, sin que la controversia comprendiera la ruptura de la ecuación económica del contrato, la asignación y el acaecimiento de un riesgo político y el hecho cierto de la entrada del tercer canal, el Tribunal decidió que la no adjudicación de ese canal es un riesgo que la convocada debía gestionar y asumir sus consecuencias.

En ese orden, concluye que, en tanto el Tribunal negó las pretensiones y declaró probadas las excepciones, fundado en un hecho previsible y la asignación de un riesgo político, no controvertidos en la *litis*, concedió más de lo pedido por las partes.

Para la convocada, en tanto la calificación y asignación del mencionado riesgo se comprende en el análisis del hecho invocado como causa del desequilibrio de la ecuación contractual, el laudo se sujetó a límites de la controversia planteada en las pretensiones, excepciones y *causa petendi*.

Como lo viene reiterando la jurisprudencia de la Sala, esta causal se configura cuando el laudo se profirió con desconocimiento del principio de congruencia –fallo *extra o ultra petita*–.

Con sujeción a las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y

hubieren sido alegadas. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

En virtud del principio de congruencia, la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que el laudo no puede conceder más (*ultra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco puede el juez arbitral otorgar menos de lo pretendido y probado (*infra* o *citra petita*), discordancia que se enmarca en la causal 9ª de la misma normatividad.

Resulta, entonces, que, en lo relativo al principio de congruencia, la causal que se estudia demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede la anulación total o parcial del laudo.

La recurrente considera que el Tribunal se extralimitó, porque decidió sobre la ruptura de la ecuación contractual, la asignación de un riesgo y la imprevisibilidad de la entrada en operación del tercer canal de televisión abierta nacional, asuntos no comprendidos en la litis.

Al respecto la Sala advierte en la demanda arbitral las siguientes pretensiones relacionadas con el desequilibrio, ruptura y restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, formuladas al amparo, entre otras disposiciones, de los artículos 4º y 27 de la Ley 80 de 1993 –se destaca–:

***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.*

***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.**

***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, párrafo 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.

Asimismo, como fundamento de las pretensiones, la convocante adujo que el hecho de que no hubiera entrado en operación el tercer canal de televisión abierta nacional a pesar de sus esfuerzos, genera un rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión suscrito que debe ser restablecido por la convocada.

Así se le en los hechos de la demanda:

*23. Luego de la ingente aplicación de la CNTV a la adjudicación y entrada de un tercer canal privado abierto de televisión de cobertura nacional y en desarrollo de profundas discusiones jurídicas a las que han concurrido posiciones encontradas de asesores y fuentes de opinión calificadas de reconocido prestigio, de funcionarios de distinto nivel de entes de control y de jueces de la república, y de, incluso, controversias interinstitucionales y de pronunciamientos públicos de los particulares, de los canales nacionales incumbentes (RCN y Caracol) y del mismo Concesionario introduciendo elementos para enriquecer la discusión jurídica, pero también para arrojar dudas y cuestionamientos sobre la calidad y la habilidad jurídica de los potenciales adjudicatarios, el proceso de contratación y por ende, la entrada en operación de un tercer canal privado de televisión abierta de cobertura nacional, no ha podido llegar a feliz término, con lo que se desvirtúa uno de los supuestos esenciales para el establecimiento del valor de la prórroga del Concesionario, cual es, la entrada en operación de un tercer canal privado de televisión abierta de cobertura nacional a partir del primero de julio de 2010.*

*24. De la circunstancia planteada en el numeral anterior, se ha generado un rompimiento del equilibrio económico-financiero del Contrato de Concesión, el cual deberá ser restablecido por el concesionario tomando como base el impacto que tiene en la metodología de valoración el hecho descrito recién – fls. 25 y 26, c. p. 1–.*

Por su parte, la convocada se opuso a las pretensiones y formuló excepciones de “*inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993*”, fundadas en la inexistencia de los requisitos de imprevisibilidad, imputabilidad, individual y conjuntamente considerados, exigidos en esa norma para el restablecimiento del equilibrio económico, toda vez que, a su juicio, el contrato de concesión del tercer canal no se adjudicó por hechos atribuibles a la convocante, además de que cuando suscribieron el contrato *sub iudice* se conocía que la licitación podía finalizar con la declaratoria de desierta o la terminación del proceso, por causas distintas de la adjudicación.

En ese orden, para la Sala resulta claro que i) las pretensiones procuran el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, con fundamento en que se

rompió por la no entrada en operación del tercer canal de televisión abierta nacional; ii) las pretensiones y *causa petendi* tienen que ver con que el nuevo canal no entró en operación por hechos extraordinarios ajenos a la convocante; iii) los fundamentos de derecho comprenden las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que sujetan el restablecimiento del equilibrio económico a hechos imprevisibles, no imputables a la convocante y iv) las excepciones se fundan en que, en cuanto el hecho invocado como causa del desequilibrio económico es previsible e imputable a la convocante, no procede el restablecimiento pretendido.

Siendo así, huelga concluir que, de cara a resolver la *litis* en los términos planteados por las partes, a los árbitros le correspondía decidir si i) el hecho de no haber entrado en operación el tercer canal de televisión, invocado en la demanda, daba lugar al restablecimiento de la ecuación económica del contrato de pretendido por la convocante, asunto que, de conformidad con lo reglado por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, exige el análisis de la causa del desequilibrio invocada y ii) se trataba de un hecho extraordinario o previsible, como lo plantearon las partes.

Por las anteriores razones, la Sala no encuentra respaldo al cargo formulado sobre la base de que la controversia no comprendía el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato y las causas del mismo.

En ese orden, carecen de fundamento los argumentos del recurso en el sentido de que el laudo concedió más de lo pedido, al decidir con apoyo en que la no adjudicación del contrato de concesión del tercer canal constituye un hecho previsible y un riesgo a cargo de la entidad convocante.

Así las cosas, el cargo por desconocimiento del principio de congruencia es infundado y, en tanto se orienta a insistir en los cuestionamientos a las razones de fondo en que se sostiene el laudo, recae sobre asuntos ajenos al recurso de anulación formulado.

#### **4. 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, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas y agencias en derecho.

De conformidad con las disposiciones de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones, en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción y atendiendo a la intervención de las entidades convocante y llamada en garantía y a la duración del trámite del recurso de que se trata, se fijará en diez millones de pesos (\$10.000.000,00) las agencias en derecho que la convocante deberá pagar a la convocada.

#### **5. Remisión de copias a los órganos de control**

Este proceso da cuenta de hechos relativos al ejercicio de la función pública de intervención del Estado en la administración de bienes de uso público; en especial, tienen que ver con que la tarifa impuesta por la ley para la explotación del espectro destinado a la prestación del servicio público de televisión se habría fijado haciendo caso omiso del orden superior y de las facultades a cargo de la autoridad reguladora, orientadas a la protección del patrimonio público.

Siendo así, se dispondrá compulsar copias del expediente a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de tutela proferida el 17 de marzo de 2016 por la Sala de la Sección Quinta

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario 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 a instancias de la recurrente.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte recurrente, esto es, Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión), las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

**TERCERO: FIJAR** las agencias en derecho en la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000), que la recurrente pagará a la convocada.

**CUARTO:** Por Secretaría, **REMITIR COPIA** del expediente a Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**  
Presidenta

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Aclaración de voto

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Ausente

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**