

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

RADICACIÓN NÚMERO : 11001-03-26-000-2002-0012-01(22195)

FECHA : Bogotá, D.C., cuatro (4) de julio de 2002

CONSEJERO PONENTE : JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

ACTOR : CARACOL TELEVISIÓN S. A.

DEMANDADO : COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

REFERENCIA : RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a decidir el recurso de anulación interpuesto por las partes contra el laudo arbitral proferido 26 de noviembre de 2001, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Caracol Televisión S. A. y la Comisión Nacional de Televisión, en cuya parte resolutive determinó:

1. El Tribunal se declara inhibido para conocer de la pretensión primera principal, en cuanto solicita se declare la nulidad absoluta de los apartes de la Cláusula Octava del contrato, transcritos arriba en el numeral 1, Antecedentes, literal A, de acuerdo a las consideraciones que sobre competencia aparecen en la parte motiva del presente laudo.

2. El Tribunal se declara inhibido para conocer de la pretensión primera subsidiaria, en cuanto se solicita se declare la nulidad absoluta de un aparte de la Cláusula Octava del contrato de concesión 136 de 22 de Diciembre de 1997, transcrito en el numeral 1, Antecedentes, literal A, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

3. Niégase la Pretensión Primera Principal, en cuanto solicita se declare la nulidad relativa de los apartes de la Cláusula Octava del Contrato de Concesión número 136 de fecha 22 de Diciembre de 1997, transcritos arriba en el numeral 1, Antecedentes, literal A, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

4. Niégase la pretensión Subsidiaria de la Primera Principal, en cuanto solicita la nulidad relativa de los apartes de la Cláusula Octava del contrato de concesión 136 de 22 de Diciembre de 1997, transcrita arriba, en el numeral 1, Antecedentes, literal A, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO

Niégase en su totalidad la Segunda Pretensión Principal y su subsidiaria, transcrita arriba en el numeral 1, Antecedentes, literal A, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO

Decláranse probadas las excepciones primera, segunda y tercera, propuestas por la parte Convocada, a propósito de las Pretensiones Primera y Segunda de la demanda junto con sus respectivas subsidiarias.

CUARTO

TERCERA PRETENSION

Declárase que los hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles, descritos en la parte motiva del presente laudo, son causantes del desequilibrio económico y de la consiguiente ruptura de la ecuación financiera del contrato citado, los cuales deberán ser restablecidos a la Convocante por la Convocada.

QUINTO

Condénese, como consecuencia de la declaración anterior, a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION (C.N.T.V.) a pagar a favor de la sociedad CARACOL TELEVISION S.A., la suma de \$ 9.677.550.000.00 a título de restablecimiento del equilibrio del Contrato, según se indica en la parte motiva del presente laudo, que deberá serle pagada dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria, y que corresponde a los siguientes conceptos:

- 1. La suma de \$ 6.572.210.0000 correspondiente al reconocimiento básico del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según lo previsto en la parte motiva de este laudo,*
- 2. La suma de \$ 3.105.340.000.00 por concepto de actualización mediante IPC, certificado por el DANE, e intereses a la tasa de 6% anual.*
- 3. Sobre las sumas de dinero anteriormente indicadas, se causarán, en caso de mora, los intereses dispuestos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

SEXTO

Declárase no probada la excepción Quinta propuesta por la Convocada a propósito de la Pretensión Tercera Principal de la demanda.

SÉPTIMO

Recházanse expresamente todas las demás pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

OCTAVO

Sin costas para las partes.

NOVENO

Expídanse a cada una de la partes, sendas copias autenticadas del presente laudo.

DECIMO

En firme este laudo, protocolícese el expediente por el Presidente del Tribunal, en una

Notaría de esta ciudad Capital, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998." (fls 105 a 108).

El laudo anterior fue aclarado así:

"Primero Se corrige en la página 48 del Laudo de 26 de noviembre de 2001, el número y la fecha del contrato materia del presente litigio, y se constituye por los correctos, que son los siguientes: Contrato de Concesión No. Ciento Treinta y Seis (136), del veintidós (22) de diciembre de 1997.

Así mismo se corrige: En la página 103 del laudo, renglón cuarto, tercer párrafo, donde dice folio 28 Anexo 2 del dictamen, debe leerse: folio 26 y Anexo 2 del Dictamen.

En la página 103, renglón, 6 tercer párrafo, Acta No. 259-(102.650 millones), debe leerse: Acta No. 259 (102.656 millones).

SEGUNDO.- se corrige el numeral Quinto de la Parte Resolutiva del laudo Arbitral del 26 de noviembre de 2001, el cual quedará así: Condénase, como consecuencia de la declaración anterior a la COMISION NACIONAL DE TELEVISION (C.N.T.V.) a pagar a favor de la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., la suma de DOCE MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL usarían, en caso de mora, los intereses dispuestos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo...." (fls. 70 y 71).

2. Cláusula compromisoria.

Está contenida en cláusula No. 40 del contrato de concesión de espacios de televisión N° 136, celebrado entre Caracol Televisión S. A. y la Comisión Nacional de Televisión el 22 de diciembre de 1997 y modificado mediante otrosi N° del 8 de noviembre de 1999 (fols. 796 a 799 c. p. 4);:

"Toda controversia o diferencia relativa a este Contrato y a su ejecución y liquidación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el Tribunal de acuerdo a las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; b. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Bogotá; c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad" (fol. 793 cu. pruebas 4).

3. Pretensiones de la demanda

La Sociedad CARACOL TELEVISION S.A. presentó demanda, el día 21 de diciembre de 1999 y escrito de reforma a la misma el día 7 de septiembre de 2000, en el que expresamente manifestó que "... las pretensiones que estaban contenidas en la demanda inicial y que no aparecen en la corregida, deben entenderse simplemente como suprimidas, más no como desistidas, así como sus fundamentos";, quedaron por tanto como pretensiones definitivas las siguientes:

PRIMERA (1ª) PRINCIPAL.

(I) Que son nulos, de nulidad absoluta, y en subsidio relativa, los siguientes apartes de la Cláusula Octava (8ª) del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha Veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en la parte que expresan así:

'a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato.

'b) Un segundo pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día del vencimiento del primer (1er) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.

'c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día de vencimiento del segundo (2º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.

'd) Un cuarto pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día del vencimiento del tercer (3er) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.

'e) Un pago final, correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día del vencimiento del cuarto (4º) semestre siguiente a la fecha de la firma del contrato.

Adicionalmente cada CONCESIONARIO deberá cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso. Estos se liquidarán con base en el interés corriente bancario vigente en la fecha del pago'.

(II) Que, como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, se declare que LA DEMANDADA está obligada a restituir a LA DEMANDANTE, todas las sumas de dinero que por estos conceptos le haya pagado, y que se acrediten en el proceso, restitución ésta que deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el Laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el Laudo.

SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA (1ª) PRINCIPAL.

(I) Que es nulo, de nulidad absoluta, y en subsidio relativa, el siguiente aparte de la Cláusula Octava (8ª) del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en la parte que expresa:

'Adicionalmente cada CONCESIONARIO deberá cancelar el valor de los intereses causados entre la firma del contrato y la fecha de cada desembolso. Estos se liquidarán con base en el interés corriente bancario vigente en la fecha del pago'.

Que, como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, se declare que LA DEMANDADA está obligada a restituir a LA DEMANDANTE, todas las sumas de dinero que por este concepto de intereses le haya pagado, y que se acrediten en el proceso, restitución ésta que deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el Laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el Laudo.

SEGUNDA (2ª) PRINCIPAL

(I) Declarar que el valor de la concesión, a la época del CONTRATO, era la suma de sesenta y un mil seiscientos doce millones de pesos (\$61.612'000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(II) Declarar que hubo error al pactar la Cláusula 7 del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(III) Declarar la nulidad relativa de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(IV) Declarar que el valor de la concesión que LA DEMANDANTE debe pagar a LA DEMANDADA es la suma de sesenta y un mil seiscientos doce millones de pesos (\$61.612'000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(IV) Declarar que LA DEMANDADA debe restituir la diferencia a LA DEMANDANTE. Esa diferencia es la suma de cincuenta y seis mil trescientos sesenta y un millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$56.361.850. 000) o la mayor que se acredite en el proceso.

Esta restitución la deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el Laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA (2a) PRINCIPAL.

(I) Declarar que el valor de la concesión, a la época del CONTRATO, era la suma de ciento dos mil seiscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$102.656'000.000) o la menor que se acredite en el proceso y no la suma de ciento diecisiete mil novecientos setenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$117.973'850. 000).

(II) Declarar que hubo error al pactar la Cláusula 7 del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(III) Declarar la nulidad relativa de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136) acordado entre las partes, de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

(IV) Declarar que el valor de la concesión que LA DEMANDANTE debe pagar a LA DEMANDADA es la suma de ciento dos mil seiscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$102.656'000.000) o la menor que se acredite en el proceso.

(V) Declarar que LA DEMANDADA debe restituir la diferencia a LA DEMANDANTE Esa diferencia es la suma de quince mil trescientos diecisiete millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$15.317'850.000) o la mayor que se acredite en el proceso.

Esta restitución la deberá hacer actualizándose las sumas, junto con los intereses correspondientes a la tasa comercial moratoria, y en subsidio a la tasa que se indique en el Laudo.

Esta restitución deberá hacerla dentro del término que al efecto se determine en el Laudo.

TERCERA (3ª) PRINCIPAL.

Declarar que por cuanto durante la ejecución del Contrato de Concesión número ciento treinta y seis (136), de fecha veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) se han presentado hechos y circunstancias imprevistos e imprevisibles para LA DEMANDANTE y del todo ajenos a ella, que han determinado que el contrato se haya desarrollado en circunstancias diferentes, más difíciles y onerosas para la demandante, se ha presentado un desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato, la cual debe ser restablecida.

(II) Como consecuencia de la declaración anterior o de una semejante, a términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y para restablecer el equilibrio económico del contrato, se disponga el pago a favor de LA DEMANDANTE de las cantidades de dinero que por dicho concepto se hayan acreditado en el proceso; o, en subsidio se ordene el reajuste en la forma que determine el Tribunal en el Laudo.

CUARTA (4ª)

Condenar a LA DEMANDADA al pago de las costas" (fls. 10 a 14 c. ppal)

4. Recursos de Anulación

4.1 Formulado por la Comisión Nacional de Televisión

Fue presentado con fundamento en las causales previstas en los numerales 1, 3, 4 y del artículo 72 de la ley 80 de 1993, con el objeto de que se anule el laudo.

Primer Cargo. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (num. 4 art. 72 ley 80 de 1993)

Argumenta la Comisión Nacional de Televisión que el laudo arbitral fue el resultado de una cláusula compromisoria nula y está incurso en la causal cuarta de anulación de laudos arbitrales por violación del principio de innegociabilidad de las competencias públicas y por violación del principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos.

Precisa que la declaratoria de nulidad del pacto arbitral debe hacerse de manera oficiosa por el juez, ya que la misma es evidente toda vez que en la cláusula compromisoria se acordó someter a decisión de los árbitros "*toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación*", con lo cual se comprometieron competencias administrativas innegociables como son las relativas a la ejecución y liquidación del contrato. Al efecto cita apartes de la sentencia C 1436 del 25 de octubre de 2000 por medio de la cual la Corte Constitucional afirmó que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Explicó que se violaron principios relativos a la innegociabilidad de las competencias administrativas que la ley 80 de 1993 ha señalado para el restablecimiento del equilibrio

financiero del contrato a favor del contratista "pues decidió sobre una competencia exclusiva de la Administración y no exigió que el contratista solicitara el restablecimiento como lo requiere el artículo 5 inciso 1 de la ley 80 de 1993, inhibiendo la posibilidad de manifestación de la voluntad de la Administración en este asunto"

Señala igualmente que se violó el principio de indisponibilidad de los actos administrativos porque "cercenó la existencia del acto administrativo que debe expedir la Administración (CNTV) cuando el contratista eleve la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y atacó la eficacia y si se quiere también la legalidad de un acto administrativo futuro, cuál será aquel que se produzca con ocasión de la liquidación del contrato estatal."

Dijo:

"Con ello, creó una situación de desamparo a la Administración, quien no pudo dar un estudio más certero a las pretensiones del contratista, independientemente de que para la Comisión Nacional de Televisión tales pretensiones de restablecimiento han sido y siguen siendo injustificadas e ilegales.

El Tribunal de Arbitramento adoptó un criterio contrario al que la ley y la jurisprudencia le han señalado a la institución del restablecimiento del equilibrio económico, echando al traste los principios de buena fe y legalidad que lo informan. (...) Los contratos en los cuales el Consejo de Estado ha aceptado la aplicación del desequilibrio económico a favor del contratante son exclusivamente los contratos conmutativos.(...)

Como se tuvo oportunidad de precisar en los alegatos de conclusión, la concesión - licencia, contenida en el contrato N° 136 de 1997 celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S. A. , no es un contrato conmutativo, pues las concesiones por definición no revisten tal naturaleza.

(...)

El laudo arbitral burló también el parámetro de la competencia Administrativa, pues la jurisprudencia tiene sentado que el desequilibrio debe presentarse con posterioridad a la celebración del contrato, que sean hechos sobrevinientes a dicha celebración de manera que las obligaciones del contratista, inicialmente equilibradas frente a las de la entidad contratante, sufran una alteración proveniente de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, que hagan extremadamente onerosa la situación del contratante."

Finalmente señaló que también se violó el principio de indisponibilidad del acto administrativo por afectar la eficacia y legalidad de un acto administrativo futuro, "entendida como los efectos normales y regulares que produce el acto en una actuación administrativa futura, cual será la liquidación del contrato (unilateral), limitando de suyo el libre ejercicio de una competencia indisponible." Agregó:

"la liquidación del contrato se verá afectada por las reclamaciones del contratista sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato, inaceptables a todas luces para la Comisión Nacional de Televisión, por lo que cualquier ejercicio de competencia administrativa por parte de ésta, en materia de liquidación unilateral del contrato, se verán afectadas por la decisión del Tribunal de Arbitramento." (págs. 4 a 33 c. ppal)

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

Arbitramento. (num. 3, art. 72 ley 80 de 1993)

Afirma el recurrente que el laudo contiene contradicciones entre la parte motiva y la resolutive del laudo porque:

- los árbitros afirmaron no ser competentes para conocer controversias que no fueran susceptibles de transacción y declararon el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a pesar de que éste es un fenómeno "*cuyo reconocimiento es propio de una competencia administrativa*";

- a pesar de negar las pretensiones primera principal y subsidiaria de la primera principal, con fundamento en que no había error en la fijación del precio de la concesión acepta que "*el valor de la concesión resulta en \$69.795 millones de pesos como se aprecia detalladamente en el folio 28 anexo 2 del dictamen*";

- tuvo en cuenta para liquidar la condena el "*valor de la concesión resulta en \$69.795 millones*" suma que arrojó el cálculo que hicieron los peritos a partir de la actualización del modelo usado por IIF (Inversiones e Ingeniería Financiera), cuando en el mismo laudo habían concluido que "*el estudio tantas veces aludido de IIF no determinó con precisión el precio*", que tal estudio "*no fue integrante de los documentos contractuales*" y que el mismo no hizo parte de la licitación o del contrato.

- acepta para liquidar la condena que el "*valor de la concesión resulta en \$69.795 millones*", suma que arrojó el cálculo que hicieron los peritos a partir de la actualización del modelo usado por IIF, cuando los peritos a partir en su aclaración y complementación precisaron que "*la cifra presentada en el dictamen no corresponde al 'precio real' como se dice en esta pregunta, sino que se obtiene de incluir en el modelo de IIF, los supuestos específicos que se anotaron en la respuesta inicial; para dejar respondida claramente esta pregunta una vez más, debemos manifestar que la cifra presentada en el dictamen (\$69.795 millones) no puede considerarse como 'precio real de la licencia' como se dice en la pregunta(...)*"

- para señalar los parámetros que le sirvieron para liquidar la condena hicieron una comparación entre las proyecciones de IIF y los resultados de las ventas por pautas publicitarias; y simultáneamente reconoce que "*resulta claro que el estudio tantas veces aludido de IIF no determinó con precisión el precio (...)*"

- se afirmó como base para señalar los parámetros de liquidación que "*la sustancial reducción en los dos primeros años de explotación de la concesión se reflejan en la disminución de las ventas por pauta publicitaria de los concesionarios, quienes vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad*" a pesar de que los peritos en su dictamen acogido por el Tribunal, determinaron que el proyectado para la venta de pauta publicitaria para 1999 fue de \$85.329 y el real fue de 82.092 y que el proyectado para el año 2000 fue de 131.662 y el real fue de 152.117 millones.

- se afirmó como base para señalar los parámetros de liquidación que los concesionarios "*vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad*" sin tener en cuenta que en documentos aportados al proceso el convocante expresamente reconoce no haber sufrido merma alguna por la supuesta disminución del INPT.

- "*en el numeral 3 del ordinal QUINTO ordena el pago de intereses de mora sobre intereses y actualización señalados en el numeral 2 que le antecede.*"

Precisó también que se presentó en el laudo inicial un error puramente aritmético y que:

"en la providencia que negó la corrección se incurrió en un desatino superior al cometido en la providencia materia de corrección por cuanto si bien no se discute la facultad del tribunal para corregir oficiosamente esta clase de yerros, a la postre se hizo inadecuada utilización de ella para enmendar errores de otro tipo y por esa vía corregir, para aumentar - en perjuicio del único perjudicado - la condena impuesta en el laudo, cuya disminución se procuraba por conducto de la corrección del error puramente aritmético (...)" (fols. 33 a 43 c. ppal)

Tercer cargo. Cuando sin fundamento legal no se decretaren 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 alegado en la forma y tiempo debidos (num. 1, art. 72 ley 80 de 1993)

El recurrente funda la ocurrencia de esta causal en que el tribunal de arbitramento consideró que Caracol TV había sufrido merma patrimonial cuando obran en el expediente documentos que dan cuenta del hecho contrario. Al efecto refiere particularmente a documentos de los entes directivos, financieros y de gestión de Caracol, al interrogatorio absuelto por el representante legal de Caracol, al dictamen pericial.

Afirma:

"La causal alegada tiene lugar en la hipótesis contenida en la ley, como igualmente se estructura cuando el Tribunal de Arbitramento, teniendo a buen recaudo el acervo probatorio necesario y suficiente para tener por acreditado uno o varios hechos de interés para el proceso, omite injustificadamente su apreciación." (fols. 40 a 43 c. ppal)

4.2 Recurso formulado por Caracol Televisión S. A.

Fue presentado con fundamento en la causal 3 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 con el objeto de que se corrijan los errores aritméticos del laudo. (fol. 1 c. ppal)

Para fundar su pedimento la parte convocante afirmó que el laudo contiene dos errores aritméticos:

"Primer error

El valor de la licencia no es de \$102' MM, sino de \$117' MM

(...)

En el acta 259 el valor NO se fijó en pesos sino en dólares; la cifra de \$102 mil millones la dieron los peritos.

La cifra REALMENTE fijada por la CNTV y pagada por CARACOL fue de \$117 mil millones, que fue la determinada para la Licitación y la contratada y la pagada. Por consiguiente esta cifra de \$117.974 millones es la que debe tomarse en cuenta.

Lo anterior se reafirma por el Tribunal de Arbitramento al tomar como punto de partida para sus liquidaciones el mismo mes de septiembre de 1997.

Los peritos según dictamen que acoge el Tribunal de Arbitramento dictaminaron el valor de

la Licencia en \$69.795 millones.

Luego la operación aritmética correcta era:

\$ 117.974

menos ___69.795

Total \$ 48.179

Y así, al dividirla por 10 y multiplicar por 2, el resultado sería:

$\$48.179/10 = 4.818 \text{ MM} \times 2 = \9.636 MM

(.....)

Por consiguiente, al corregir el error del dato inicial, se corrigen las demás operaciones aritméticas y la suma correcta de la condena sería de \$17.849 millones y no la de \$12.174 millones que contiene la decisión.

El error aritmético es de \$5.675 millones.

(...)

Se produjo otro error aritmético al haber dividido entre 10 y multiplicado por 2.

La explicación es la siguiente:

Debido a que el Tribunal de Arbitramento solo podía pronunciarse sobre un período determinado, se solicitó a los peritos "actualizar" el Modelo Financiero para los años 1998, 1999 y 2000, sin recalcular las cifras correspondientes a los años 2001 y subsiguientes. Es decir, tomando el mismo esquema del Modelo Financiero, pero ya con las cifras reales históricas.

El hecho de no recalcular la INPT para los años 2001 y subsiguientes significa que el Flujo de Caja para cada uno de esos años queda intacto, al igual que su correspondiente Valor Presente. Por lo que la contribución de los futuros "flujos de caja" correspondientes a los años 2001 y subsiguientes- al valor de la licencia, es exactamente la misma que en el Modelo original utilizado por IIF.

Por lo tanto, el menor Valor de la Licencia al cual llegaron los peritos, y que fue el adoptado por el laudo \$69.795.000.000,00- es causado única y exclusivamente por el comportamiento de la INPT durante los años 1998, 1999 y 2000. No por los subsiguientes.

(...)

La división entre 10 años tendría lugar si la 'actualización' del Modelo se hubiera hecho recalculando los valores de INPT también para los años 2001 en adelante, ya que de esta forma se hubieran considerado, en todos los años de proyección, valores de INPT ya afectados por la desaceleración económica de los años 1998, 1999 y 2000. En ese caso el valor presente del flujo de caja involucraría el efecto de la disminución de la INPT en todos los años de proyección y por lo tanto sacar la proporción de dos años sería lo correcto. En ese evento todas las cifras serían comparables porque se habrían homologado.

Como se trata es de restablecer el equilibrio económico únicamente para los años solicitados, la suma que debe reconocer la CNTV a CARACOL TELEVISIÓN S.A. es la diferencia entre el valor fijado de la licencia en septiembre de 1997 (\$117.974) y realmente pagado por CARACOL y la suma de \$69.795 millones, sin sacar la proporción equivalente a 10 años de concesión." (fls. 48 a 52).

5. Intervención de la parte convocada respecto de recurso formulado por Caracol Televisión

La CNTV se opuso a la prosperidad del recurso interpuesto por Caracol TV con fundamento en que lo aducido por éste para sustentar la pretensión de corrección del laudo no se traduce en un verdadero error aritmético "*Los aparentes errores básicos denunciados por el apoderado de Caracol Televisión S.A. son eminentemente conceptuales y no son producto de fallas en los cálculos matemáticos*"

Precisa que el llamado primer error, relativo al valor de la licencia que el tribunal acogió, no es tal, ya que se trata de un supuesto error del Tribunal en la apreciación de las pruebas que es infundado "*pues como lo dijo el propio Tribunal, tal valor se tomó conceptualmente como decisión de fondo de su parte.*"

En cuanto a lo planteado como *segundo error*, afirmó que se traduce en verdad en un cuestionamiento de carácter sustancial y no "*proviene de una equivocada formulación de una operación aritmética básica.*" (fols. 53 a 55 c. ppal)

6. Intervención de la parte convocante en relación con el recurso formulado por la Comisión Nacional de Televisión.

Caracol TV pidió negar las peticiones de la convocada con fundamento en el que el recurso se fundó en errores *in iudicando* que resultan ajenos a este recurso. Advierte que la CNTV no sustentó la causal relativa a que no se decidieron cuestiones sujetas al arbitramento a pesar de que la invocó al interponer el recurso

Precisa también que el tribunal de arbitramento no se pronunció respecto de acto administrativo alguno. Afirmó que el requerimiento a la Administración de restablecimiento del equilibrio financiero, que echa de menos la convocada, se surtió con la presentación de la demanda en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil; agregó que no siempre la liquidación final es unilateral y que si bien la misma se verá afectada por el laudo arbitral, ello no permite afirmar que la decisión es nula porque afecta un acto futuro.

En relación con las alegadas contradicciones señaló que difieren de las previstas en la ley para que proceda la causal, porque deben presentarse en la parte resolutive del laudo, no en la motiva y deben ser de tal entidad que hagan imposible la ejecución de la decisión. (fols.

7. Intervención del Ministerio Público

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación solicitó declarar la no prosperidad de los recursos.

En relación con el recurso formulado por la Comisión Nacional de Televisión dijo:

- Debe desestimarse por antitécnico el cargo relativo a la falta o errónea apreciación de las pruebas, porque la causal invocada no está concebida en la ley para cuestionar la valoración

de los medios probatorios.

- Es igualmente antitécnica la sustentación de la causal relativa a *haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros* porque el recurrente desvía la atención hacia un problema de hermenéutica jurídica, generado a partir de la interpretación de la ley 80 de 1993 respecto del sujeto que tiene la competencia para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. El restablecimiento del equilibrio financiero del contrato es de naturaleza contractual y de contenido patrimonial, por ende puede ser materia de la competencia de los árbitros. Precisa además que si es procedente el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato de concesión porque éste no es aleatorio y tiene equivalencia patrimonial.

- La causal relativa a las contradicciones opera cuando éstas se presentan en la parte resolutive del laudo, no en la motiva. El recurrente expuso supuestas contradicciones contenidas en las consideraciones del laudo; por ende no pueden prosperar.

La representante del Ministerio Público también solicitó desestimar el recurso formulado por Caracol Televisión S.A.; afirmó que los argumentos esgrimidos para sustentar la causal relativa a errores aritméticos que invocó, son realmente juicios de fondo sobre la manera como el tribunal apreció los medios probatorios y cuestionamientos sobre las apreciaciones jurídicas contenidas en el laudo lo cual, dice, es antitécnico . (fols. 67 a 99 c, ppal)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala precisa que es competente para conocer y decidir el recurso de anulación propuesto, conforme a lo previsto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 36 numeral 5º de la Ley 446 de 1998 y a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Se advierte además que, como el contrato con fundamento en el cual se adelantó el proceso arbitral fue celebrado el día 22 de diciembre de 1997 por una entidad de derecho público como lo es la Comisión Nacional de Televisión, es de naturaleza estatal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 32 de la ley 80 de 1993.

1. Naturaleza del recurso de Anulación

El recurso de anulación es de naturaleza extraordinaria; tiene por objeto la anulación o modificación de la decisión arbitral cuando contiene errores de procedimiento - *in procedendo* - y excepcionalmente errores sustanciales -*in iudicando* -, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en lo relativo a cuestiones

Es extraordinaria la naturaleza del recurso de anulación por los motivos que se exponen a continuación:

a. La procedencia del recurso está condicionada a que se señalen y sustenten debidamente las causales expresamente señaladas en la ley a ese efecto. Por disposición del artículo 39 del decreto 2279 de 1989(1), modificado por el artículo 128 de la ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando los causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley.

b. Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "*principio dispositivo*", conforme al cual es el recurrente quien delimita la materia objeto del

pronunciamiento del juez, con la formulación y sustentación del recurso dentro de las precisas causales que la ley consagra(2). No le es dable al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada; menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso.(3)

c. El juez del recurso de anulación no puede revisar el fondo del litigio; sólo puede evaluar los posibles errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y no los errores *in judicando*.

La naturaleza de unos y otros errores fue explicada así por la Sala:

"(...), tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.

Y por error in judicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir 'en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo', cuya consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia.(4)" (5)

d. Por las consecuencias de la prosperidad del recurso; toda vez que la prosperidad de cada causal tiene un efecto predefinido por el legislador y no le es dable al juez del recurso modificar, sustituir o anular el laudo a su arbitrio.

Así es, en el inciso segundo del artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998 se prevé: *"Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1,2,4,5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará."*

De manera que sólo es procedente la anulación del laudo cuando prosperen las causales contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, que corresponden a las previstas en los numerales 4 y 6 a que refiere el citado artículo 38; ya que en los demás eventos procede la corrección o adición del mismo.

Todo lo anteriormente expuesto resulta suficiente para que la Sala reitere lo afirmado en abundantes providencias respecto de la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral y precise de este modo el alcance de lo manifestado en providencia proferida el 7 de febrero de 2002 dentro del expediente N° 20467.

En efecto, la circunstancia de que el recurso de anulación del laudo arbitral proceda respecto de providencias que no están ejecutoriadas, no muta la naturaleza extraordinaria del recurso. La especialidad del recurso no deriva de que el mismo se interponga respecto de providencias ejecutoriadas o no.

Así se infiere de lo afirmado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuando al pronunciarse sobre la procedencia del recurso extraordinario de súplica, explicó que el mismo resultaba procedente respecto de providencias no ejecutoriadas, sin que ello significara la modificación de su naturaleza extraordinaria. En esa oportunidad se dijo:

"Pues bien, según lo dispuesto en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, pueden aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella; también los autos podrán aclararse, de oficio o a petición de parte, dentro del mismo término.

Y según lo establecido en el artículo 331 del mismo Código, las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes o cuando quede ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, dice el mismo artículo, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que resuelva la solicitud.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo procede el recurso extraordinario de súplica, que puede interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Entonces, y ésta es la primera conclusión, las providencias quedan ejecutoriadas, si es el caso, cuando han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes; y siendo así que contra los autos interlocutorios y las sentencias de las secciones procede el recurso extraordinario de súplica dentro de los cinco días siguientes a su notificación, esas providencias son firmes cuando ha vencido ese término sin que se haya deducido el recurso extraordinario de súplica, cuando es el caso.

(...)

Por lo demás, es claro que el recurso extraordinario de súplica dependerá en muchos casos de la aclaración que se haga, y la providencia no es definitiva sino después de resuelta la solicitud de aclaración, lo que indica también que sólo a partir de la notificación de la providencia que resuelva acerca de la solicitud de aclaración ha de correr el término de que disponen las partes para recurrir".(6) (Resalta y subraya la Sala)

Del análisis de la anterior providencia se concluye que, para la Sala Plena de la Corporación, la circunstancia de que el legislador (art. 130 del CCA) con anterioridad a la ley 446 de 1998, hubiese determinado que el recurso extraordinario de súplica podía interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia, era suficiente para inferir que las providencias no quedan ejecutoriadas hasta tanto se decidiera el recurso extraordinario, como también que tal circunstancia no le restaba al recurso su naturaleza extraordinaria.

Para que el recurso extraordinario de súplica fuere procedente respecto de sentencias ejecutoriadas fue necesario que el propio legislador, mediante la ley 446 de 1998, modificara el Código Contencioso Administrativo y así los dispusiera expresamente (art. 194 del CCA, modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1997).

Al traer a esta providencia las precedentes consideraciones, en atención a que el recurso de anulación de laudos arbitrales, por decisión del legislador, debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo (art. 72 ley 80 de 1993) es dable concluir que el mismo procede respecto de providencias no ejecutoriadas, ya que la ejecutoria sólo se da cuando se resuelven los recursos interpuestos dentro del término de ejecutoria o estos no se

interponen en la misma oportunidad en los términos del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, y no por ello pierde su naturaleza extraordinaria.

Esa referida naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo ha llevado a la Sala a precisar que con el mismo no se surte una segunda instancia y que los cargos formulados con el objeto de que se establezca si el tribunal obró o no conforme al derecho sustancial al resolver las pretensiones propuestas, carecen de técnica procesal y no tienen vocación de prosperidad.(7)

Se tiene por tanto que el juez de la anulación, por regla general, es incompetente para juzgar el tema de fondo y para cuestionar la manera como el Tribunal interpretó la demanda, valoró las pruebas o entendió y resolvió los problemas jurídicos que se le plantearon.

2. El laudo arbitral

Caracol Televisión S. A., en lo fundamental, puso en conocimiento del Tribunal de arbitramento pretensiones de nulidad absoluta y relativa de algunos apartes de la cláusula octava del contrato y la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del mismo contrato de concesión.

En cuanto a la pretendida nulidad absoluta el tribunal se inhibió para hacer un pronunciamiento de fondo, con fundamento en que esa era una materia no transigible y por tanto ajena al conocimiento de los árbitros, por virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política.

Negó las pretensiones de nulidad relativa de los mismos apartes de la cláusula octava del contrato, al considerar que la materia en ella contenida, relativas al plazo para el pago del valor de la licencia de concesión y al señalamiento de intereses corrientes causados durante el mismo, es el resultado del legítimo ejercicio de la autonomía de la voluntad, que no resulta contrario a derecho.

En cuanto al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, la demandante fundó su petición de restablecimiento en que el valor que pagó por la licencia debía ser sustancialmente menor, toda vez que el mismo se calculó con base en un conjunto de supuestos macroeconómicos (producto interno bruto), del mercado (elasticidad inversión neta en publicidad) y del proceso de licitación (cobertura geográfica) que, por la crisis económica que afrontó el país en los años 1997 y siguientes, tuvieron un comportamiento radicalmente diferente a lo proyectado, determinante de una disminución respecto de la inversión neta en publicidad (INPT) y de la pérdida del valor de la licencia de concesión, debido a la reducción de los ingresos reales de los concesionarios.

El tribunal de arbitramento para definir la procedencia del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, precisó que el contrato de concesión 136 de 1997 es un contrato estatal, oneroso, conmutativo, solemne y de ejecución sucesiva, sometido a las disposiciones de la ley 80 de 1993, en particular las que definen el equilibrio financiero del contrato y lo establecen respecto de los contratos estatales.

Luego de precisar los supuestos legales y jurisprudenciales que condicionan la obligación de reparar el equilibrio financiero del contrato estatal, afirmó que el país vivió una aguda y extraordinaria crisis económica a partir del año 1998 que afectó "*particular y severamente la economía del contrato*".(fol. 98 laudo)

Explicó que, en aplicación del artículo 5 de la ley 182 de 1995, se establecieron cuatro variables para comparar las alternativas presentadas con el objeto de establecer el valor de la concesión: la cobertura, la penetración de mercado, la infraestructura y la proyección del ingreso neto en publicidad en televisión (INPT). Precisó también que de esas cuatro variables dos quedaron determinadas previamente al proceso licitatorio: la cobertura y la infraestructura; que la penetración es una variable que está exclusivamente en manos de los concesionarios, quedando en consecuencia una sola variable con base en la cual se podían estimar los ingresos por venta en los canales privados de televisión: la proyección de la INPT.

Señaló que, como la proyección de la INPT depende del crecimiento del producto interno bruto nacional (PIB), cuya tasa de crecimiento promedio real para el período 1997 - 2007 fue calculado en 4.75% anual, es imperativo analizar el comportamiento de esta variable, en forma independiente, para determinar la alteración de la ecuación económica del contrato de concesión

Luego de referir a algunos medios de prueba obrantes en el expediente concluyó que:

"los valores de la INPT, en el período 1998-2000, disminuyeron con relación a las proyecciones de IIF, en porcentajes que oscilaron entre el 17 y el 31%.. Esta sustancial reducción en los dos primeros años de explotación de la concesión se reflejan en la disminución de las ventas por pauta publicitaria de los concesionarios, quienes vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad.

Este fenómeno ocasionó un desequilibrio financiero, que está imitado en sus efectos económicos a los años de 1999 y 2000, el cual tuvo que ser neutralizado directamente por el concesionario haciendo un mayor esfuerzo financiero, representado en importantes aumentos de las capitalizaciones y del endeudamiento previsto en la oferta, logrando así incrementar los niveles de ingresos hasta alcanzar los contemplados en su propuesta.." (fol. 102 del laudo)

El tribunal de arbitramento, después de concluir que la ecuación financiera del contrato de concesión se había roto por causas no imputables al contratista, cuantificó el valor que la entidad convocada debía pagar al concesionario convocante para restablecerlo.

Al efecto afirmó:

"Los peritos al dar respuesta a la pregunta 30.1 del apoderado de la parte convocante, presentan el cálculo del valor de la concesión, 'actualizando el modelo usado por inversiones e ingeniería financiera, con los valores de la INPT para los años 1998, 1999 y 2000...'; manteniendo iguales las demás condiciones estipuladas en la licitación con relación a la cobertura y a la infraestructura.

Sin recalcular los valores de la INPT proyectados a partir del año 2001, o sea, manteniendo los establecidos en el modelo original, el valor de la concesión resulta en \$69.795 millones de pesos, como se aprecia detalladamente en el folio 28 anexo 2 del dictamen. Este valor difiere en \$32.861,05 millones del valor definido por la Comisión Nacional de Televisión del 16 de junio de 1997 - acta N° 259 - (\$102.650 millones)

Ahora bien, el valor pagado por el Concesionario a la CNTV por el otorgamiento de la concesión cubre los diez años de duración de la misma, y constituye jurídica y contablemente un costo que debe ser amortizado durante el término del contrato. Esta

conclusión a la que llega el Tribunal, se afianza, además en el acuerdo de voluntades, plasmado por la oferta del concesionario y en su aceptación por la CNTV al otorgarle la concesión.

Así las cosas, para el lapso de dos años (1999-2000) al que se contrae el desequilibrio económico del contrato, según arriba se explica, es de \$6.572,21 millones de pesos colombianos, que corresponde a la suma de \$3.286,11 millones por año y así se reconocerá en este laudo.

Sobre la suma anterior, actualizada anualmente con las tasas de inflación anual publicadas por el DANE, se reconoce el interés del 6% anual, ..." (fol. 103 del laudo)

Se tiene entonces que el tribunal consideró que el valor de la concesión cobrado a la concesionaria fue de \$102.650 millones, al cual le restó el valor real de la concesión de \$69.795 millones de pesos- según cálculo hecho por los peritos en consideración al valor real del INPT- lo que dio por resultado = \$32.861 millones. Este valor fue dividido por los 10 años que dura la concesión (\$3.286,1 millones) y multiplicado por dos años: 1999 y 2000, período este que, explicaron, es al que se contrae el desequilibrio económico del contrato. Esta operación dio por resultado los \$6.572,21 millones de pesos, que fueron actualizados desde septiembre de 1997 a octubre de 2001 y respecto del mismo valor se calculó un interés anual del 6%.

2.1 Aclaración y corrección del laudo

El 18 de diciembre de 2001 el tribunal de arbitramento corrigió aspectos gramaticales y descriptivos del laudo. En lo fundamental corrigió la condena inicialmente impuesta a determinar que el valor de actualización e intereses ya no era de \$3.105,34 millones como lo dispuso en el laudo inicial (fol. 104 y 107 c. laudo) sino de \$5.502.210.000; de los cuales \$3.426.400.000 corresponden a actualización del capital y \$2.175.810.000 a intereses del 6% anual. (c. 8)

2.2 Salvamento de Voto

El árbitro Gilberto Alzate Ronga salvó el voto con fundamento en que la pretensión tercera de la demanda no estaba llamada a prosperar. Afirmó que no era procedente disponer el restablecimiento del equilibrio financiero respecto de un contrato aleatorio, como lo es el contrato de concesión existente entre las partes del proceso arbitral.

Precisó además que, aún en el evento de considerar que el contrato es conmutativo, tampoco procede el restablecimiento dispuesto porque *"no está demostrada la relación concreta de causalidad del hecho sobreviniente que se invoca (crisis económica) y el rompimiento de la ecuación financiera del contrato."*

Finalmente discrepa también de la cuantía determinada para el restablecimiento. (cuaderno 3)

3. Recurso formulado por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV)

Primer Cargo. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (num. 4 art. 72 ley 80 de 1993)

La Comisión Nacional de Televisión al sustentar esta causal expuso dos argumentos:

1. Que el laudo arbitral fue el resultado de una cláusula compromisoria evidentemente nula y por tanto la declaratoria de nulidad del mismo debe hacerse de manera oficiosa por el juez. Explicó que en dicha cláusula se acordó someter a decisión de los árbitros "*toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación*" con lo cual se comprometieron competencias administrativas innegociables como son las relativas a la ejecución y liquidación del contrato.

2. Explicó también que se dan los supuestos previstos en la causal cuarta de anulación de laudos arbitrales por los siguiente:

. Por violación del principio de innegociabilidad de las competencias públicas que la ley 80 de 1993 ha señalado para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a favor del contratista "*pues decidió sobre una competencia exclusiva de la Administración y no exigió que el contratista solicitara el restablecimiento como lo requiere el artículo 5 inciso 1 de la ley 80 de 1993, inhibiendo la posibilidad de manifestación de la voluntad de la Administración en este asunto*"

. Por violación del principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos "*cercenó la existencia del acto administrativo que debe expedir la Administración (CNTV) cuando el contratista eleve la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y atacó la eficacia y si se quiere también la legalidad de un acto administrativo futuro, cuál será aquel que se produzca con ocasión de la liquidación del contrato estatal.*"

. se violó el principio de indisponibilidad del acto administrativo por afectar la eficacia y legalidad de un acto administrativo futuro, "*entendida como los efectos normales y regulares que produce el acto en una actuación administrativa futura, cual será la liquidación del contrato (unilateral), limitando de suyo el libre ejercicio de una competencia indisponible.*"

Consideraciones de la Sala sobre la sustentación de la causal invocada

1. Respecto de la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria:

La Sala ha señalado que cuando la cláusula compromisoria está afectada en forma evidente de objeto o causa ilícita, el juez del recurso tiene la facultad y el deber legal de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de la misma.

En efecto, en sentencia proferida el 8 de junio de 2000; expediente 16973 la Sala afirmó:

"... el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado. De otra parte, es claro que el juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo, si se reúnen las exigencias legales. En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate. La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a "La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita." En efecto, su inclusión

habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo -como es- indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para revolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas." (subraya la Sala)

En el caso concreto no se dan esos supuestos legales toda vez que en el proceso no se evidencia la existencia de una cláusula arbitral viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito. No es verdad que las partes hayan sometido al conocimiento de los árbitros aspectos que constitucional y legalmente no están permitidos. La circunstancia de que el laudo arbitral tenga efectos respecto de la ejecución y terminación del contrato de concesión existente entre las partes, no permite afirmar que se hayan violado principios relativos a la innegociabilidad de las competencias administrativas previstas en la ley 80 de 1993 o que con la decisión arbitral se *"inhibió la manifestación de la voluntad de la Administración"*

En la sentencia que se acaba de referir la Sala encontró que *"los contratantes habilitaron a los jueces arbitrales para que conocieran y decidieran sobre la legalidad de los actos administrativos producidos con ocasión del contrato"* y al respecto consideró que *"conforme al principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, es claro que el objeto del compromiso que, en el presente caso, dio lugar al trámite del proceso arbitral, es ilícito, lo cual genera nulidad absoluta del negocio jurídico"*

En el caso presente las partes no sometieron al conocimiento de los árbitros el juzgamiento de acto administrativo alguno. La competencia de la CNTV para proferir actos administrativos relativos al equilibrio financiero del contrato estatal o a la liquidación del mismo aún no se había ejercitado y no es dable predicar la existencia de un objeto ilícito de la cláusula compromisoria cuando los actos administrativos que representan el ejercicio de esas competencias legales de la Administración, ni siquiera se han proferido; no existen.

Por tanto no se cumplen los supuestos legales para que sea procedente la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta por objeto ilícito de la cláusula compromisoria.

2. En relación con la alegada ocurrencia de la causal invocada por violación de los principios de innegociabilidad de competencias administrativas e indisponibilidad de la legalidad de actos administrativos.

La Sala ha señalado que escapa a la competencia de los árbitros, al conocer de las controversias derivadas del contrato estatal, el juzgamiento de los actos administrativos toda vez que esta facultad corresponde, en forma exclusiva, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000, expediente 16394 se dijo:

"Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la

actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos.

(...)

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

En el mismo sentido, mediante el análisis del principio de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, de la indisponibilidad de los actos administrativos, de la naturaleza jurídica de la justicia arbitral y de los alcances de la misma, la Sala concluyó lo siguiente:

"1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.
"(8)

La anterior posición jurisprudencial de la Sala fue recogida por la Corte Constitucional que, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, dijo:

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

Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus

jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna."(9)

Se tiene así que, como lo afirma la CNTV, los árbitros carecen de competencia para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos administrativos(10). Sin embargo, en el caso concreto la Sala no considera que el tribunal de arbitramento se haya pronunciado respecto de algún acto administrativo, como pasa a explicarse a continuación a propósito de cada uno de los argumentos expuestos por la convocada:

a. Indisponibilidad de competencia administrativa para declarar el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal. Aduce el recurrente que el juez o árbitro no puede pronunciarse sobre el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal si el interesado no lo ha alegado previamente ante la administración, ya que sólo cuando la administración lo niega o calla, surge la competencia del juez para asumir ese tema.

La Sala considera que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal no es una materia que deba ser conocida y declarada privativamente por la administración para que pueda someterse al conocimiento del juez del contrato. Es cierto que la ley 80 prevé la facultad del contratista para reclamar a la Administración el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato cuando la considere rota; pero también lo es que esta es una materia que puede someterse al conocimiento del juez natural del contrato o del árbitro, sin que la acción judicial que se ejercite con este objeto tenga por condición de procedibilidad el agotamiento previo de la petición directa a la entidad contratante.

Dicho en otras palabras, la falta de petición directa a la Administración en los términos del numeral 1, artículo 5 de la ley 80 de 1993, no conduce a declarar que el juez o árbitro es incompetente para evaluar y decidir los supuestos de la figura; puede conducir a que el juez o árbitro niegue la pretensión de restablecimiento en el entendido de que hizo falta uno requisitos para que fuese exigible la pretendida obligación a cargo de la Administración.

En el presente asunto escapa a la competencia del juez de la anulación determinar si el contratista previamente pidió o no a la Comisión Nacional de Televisión el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato; como también resulta ajeno a la competencia de esta Sala establecer los efectos que la falta de petición en ese sentido pudiese producir. Pero lo que si es claro es que tal circunstancia no es constitutiva de la causal que se invoca, porque ni la competencia del juez del contrato ni la del árbitro está condicionada por esa circunstancia.

b. Indisponibilidad de los actos administrativos. Dice el recurrente que con el laudo se impidió que naciera el acto administrativo que debía resolver el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal y el mismo generó la imposibilidad de que se produjera la liquidación del contrato estatal. (fol. 29 c. ppal).

La Sala considera desafortunada esa argumentación de la convocada. No es dable afirmar que se configura la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la ley 80 porque el laudo afectó actos inexistentes; como tampoco lo es concluir que la inexistencia de tales actos administrativo fue determinada por el mismo laudo.

Es verdad, como se indicó, que la Sala ha precisado que la legalidad de los actos administrativos es una materia que escapa a la competencia de los árbitros; pero también lo es que en esos precisos eventos se ha estado en presencia de laudos arbitrales que han afectado, directa o indirectamente, la existencia y eficacia de actos administrativos concretos y reales; no futuros o eventuales.

Por manera que no es dable trasladar las consideraciones adoptadas por la Sala en esos precisos eventos a este caso concreto, porque conforme a lo señalado por el recurrente, aquí según él, " se cercenó la existencia del acto administrativo" y "se atacó la eficacia" y la legalidad de "un acto administrativo futuro". (fol. 29 C. ppal)

c. Igualmente cabe precisar que no es cierto lo afirmado por el demandante en cuanto a que la competencia de la Administración para liquidar el contrato se afectó o "limitó" por virtud del restablecimiento del equilibrio económico dispuesto en el laudo. La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente(11); de manera que no se trata de un poder excepcional o privativo de la administración. Ni siquiera en el evento de que lo fuera, estaríamos frente a una limitación respecto del futuro ejercicio de ese poder, pues la decisión de liquidar unilateralmente el contrato se traduce simplemente en la facultad de finiquitarlo totalmente, mediante la constatación del desarrollo económico del contrato y la determinación de los saldos a cargo o a favor de cada uno de los co contratantes. Decisión esta que, por tanto, no se vería truncada u obstaculizada por la decisión arbitral relativa al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal.

En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 24 de octubre de 1996; expediente 11632:

"La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos la Sala reitera que es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias. Frente al mandato legal, mal podría el juez de dicho contrato desconocer, sin razón, tales preceptos normativos. Tiene entonces, suficiente sustento, en legislación y jurisprudencia, el concepto del equilibrio financiero del contrato y, por consiguiente, no podía resultar extraño para el Tribunal de Arbitramento la aplicación de dicha figura, bajo la óptica fundamental de que el Estado pudiera cumplir con los fines previstos y que el consorcio contratista, a su vez, por no tener obligación legal ni contractual para su actividad. Si el fallador encontraba rota o alterada la ecuación financiera del contrato por causas imprevistas y de especial consideración, ajenas al contratista, le correspondía acudir a dicha figura, no sólo por el mandato legal, sino por motivaciones de justicia y equidad inherentes al equilibrio financiero contractual."(Subraya la Sala)

Por todo lo expuesto no prospera el cargo.

Segundo Cargo. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o

disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento. (num. 3, art. 72 ley 80 de 1993)

1. Afirma la CNTV que el laudo contiene contradicciones entre la parte motiva y la resolutive del laudo porque:

- los árbitros afirmaron no ser competentes para conocer controversias que no fueran susceptibles de transacción y declararon el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a pesar de que éste es un fenómeno *"cuyo reconocimiento es propio de una competencia administrativa"*;

- a pesar de negar las pretensiones primera principal y subsidiaria de la primera principal, con fundamento en que no había error en la fijación del precio de la concesión acepta que *"el valor de la concesión resulta en \$69.795 millones de pesos como se aprecia detalladamente en el folio 28 anexo 2 del dictamen"*

- tuvieron en cuenta para liquidar la condena que el *"valor de la concesión resulta en \$69.795 millones"* suma que arrojó el cálculo que hicieron los peritos a partir de la actualización del modelo usado por IIF (Inversiones e Ingeniería Financiera), cuando en el mismo laudo habían concluido que *"el estudio tantas veces aludido de IIF no determinó con precisión el precio"*.

- aceptan para liquidar la condena que el *"valor de la concesión resulta en \$69.795 millones"*, suma que arrojó el cálculo que hicieron los peritos a partir de la actualización del modelo usado por IIF, cuando los peritos a partir en su aclaración y complementación precisaron que *"la cifra presentada en el dictamen no corresponde al 'precio real' como se dice en esta pregunta"*

- al señalar los parámetros que le sirvieron para liquidar la condena hicieron una comparación entre las proyecciones de IIF y los resultados de las ventas por pautas publicitarias; y simultáneamente reconocen que *'resulta claro que el estudio tantas veces aludido de IIF no determinó con precisión el precio (...)'*

- afirmaron como base para señalar los parámetros de liquidación que *"la sustancial reducción en los dos primeros años de explotación de la concesión se reflejan en la disminución de las ventas por pauta publicitaria de los concesionarios, quienes vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad"* a pesar de que los peritos en su dictamen acogido por el Tribunal, determinaron que el proyectado para la venta de pauta publicitaria para 1999 fue de \$85.329 y el real fue de 82.092 y que el proyectado para el año 2000 fue de 131.662 y el real fue de 152.117 millones.

- afirmaron, al señalar los parámetros de liquidación, que los concesionarios *"vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos en sus estudios de factibilidad"* sin tener en cuenta que en documentos aportados al proceso el convocante expresamente reconoce no haber sufrido merma alguna por la supuesta disminución del INPT.

Consideraciones de la Sala sobre las "contradicciones" alegadas

La procedencia de esta causal está condicionada a que las alegadas contradicciones estén presentes en la parte resolutive del laudo; a que determinen la imposibilidad de que ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la decisión; como cuando "una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la

reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago"(12) y a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

Al respecto dijo la Sala:

"El fundamento de esta causal de anulación del laudo deriva de las soluciones contradictorias u oscuras, las que precisamente por su falta de claridad y de lógica constituyen obstáculo insalvable para concretar en su sentido sustancial o material, los efectos de la cosa juzgada."(13)

En el caso concreto la Sala advierte que lo argumentado bajo este cargo por la CNTV se traduce en una controversia respecto de la manera como el tribunal de arbitramento valoró las pruebas y determinó los factores que utilizó para calcular el monto de la condena; materia esta que escapa al ámbito del recurso extraordinario de anulación.

En efecto, la Comisión expone, en forma comparativa, apartes del laudo en los cuales el tribunal de arbitramento calificó medios de prueba obrantes en el proceso frente a otras consideraciones en las cuales les dio distinto valor, para señalar que con ello se incurrió en los supuestos de la causal alegada.

La procedencia de esta causal, como se indicó, exige la existencia de contradicciones en la parte resolutive del laudo, no en la parte motiva del mismo; de manera que los señalamientos hechos por el recurrente no permiten deducir el cumplimiento de este primer presupuesto.

Dicho en otras palabras: la circunstancia de que los árbitros hubiesen valorado en forma contradictoria o no los medios de prueba obrantes en el proceso, no lleva a concluir la ocurrencia de esta causal. Resulta irrelevante, para los fines de prosperidad del recurso, que respecto de una consideración se hayan tenido en cuenta el modelo usado por Inversiones e Ingeniería Financiera - IIF -, cuando en otro aparte de la misma providencia se haya descalificado tal documento.

Tampoco es determinante de la causal que los árbitros hubiesen tenido en cuenta aspectos del dictamen pericial, cuando los propios peritos al aclararlo hubieren descartado los mismos puntos del dictamen inicial. O que los árbitros hubiesen considerado que los concesionarios vieron afectadas las proyecciones de los ingresos previstos, cuando de otros medios de prueba obrantes en el proceso se deduce la conclusión contraria. Menos aún que hubiesen encontrado la sustancial reducción en los dos primeros años de explotación de la concesión, si en el dictamen pericial se dieron cifras que permiten adoptar una decisión distinta.

Tales circunstancias alegadas por el recurrente no ameritan escapan a la valoración de la Sala en consideración a la naturaleza restringida del recurso; de manera que, aún en el evento de estar demostradas, no conducirían a la nulidad del laudo con fundamento en la causal que se invoca.

Se reitera que al juez de la anulación no le es dable objetar la valoración que de las pruebas obrantes en el proceso hicieron los árbitros; no le es permitido cuestionar las consideraciones hechas por los árbitros con fundamento en las mismas y menos aún modificar la decisión que con fundamento en tales consideraciones se hayan adoptado en el laudo.

2. Afirma la CNTV que el laudo - "en el numeral 3 del ordinal QUINTO ordenan el pago de

intereses de mora sobre intereses y actualización señalados en el numeral 2 que le antecede."

Al respecto la Sala considera que:

Es procedente condenar al pago de intereses de mora en el evento de que no se pague oportunamente la condena dispuesta en el laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A. De manera que la disposición que en este sentido hizo el tribunal de arbitramento no es contradictoria y se ajusta a la ley.

Cosa distinta es suponer que por virtud de esa decisión del tribunal de arbitramento habrán de liquidarse los intereses moratorios respecto de los intereses ya determinados en el laudo.

Esta consideración del recurrente no permite inferir la ocurrencia de la causal que invoca, porque la disposición del tribunal de arbitramento para que se paguen intereses de mora en caso de incumplimiento, no resulta contradictoria frente a las otras decisiones adoptadas en el laudo. Es una consecuencia, como se dijo, prevista en la ley y sometida a las condiciones y limitaciones que la misma ley prevé para su eficacia.

Por tanto, no prospera el cargo por este aspecto.

3. La CNTV también sustentó este cargo en que se presentó en el laudo inicial un error puramente aritmético y que:

"en la providencia que negó la corrección se incurrió en un desatino superior al cometido en la providencia materia de corrección por cuanto si bien no se discute la facultad del tribunal para corregir oficiosamente esta clase de yerros, a la postre se hizo inadecuada utilización de ella para enmendar errores de otro tipo y por esa vía corregir, para aumentar - en perjuicio de único perjudicado - la condena impuesta en el laudo, cuya disminución se procuraba por conducto de la corrección del error puramente aritmético (...)" (fols. 33 a 43 c. ppal)

Consideraciones de la Sala sobre el alegado error aritmético

La Sala encuentra que la CNTV no expuso argumentos propios del error aritmético. Cuestiona la posición adoptada por el tribunal de arbitramento frente a la liquidación del perjuicio, al incluir en el valor calculado no sólo la actualización del capital, sino también el interés del 6%. Como también objeta lo resuelto por el tribunal frente a la solicitud de corrección del error aritmético que se le planteó en la correspondiente oportunidad procesal.

El análisis de ese tipo de controversias, bajo los supuestos de esta causal, que es limitada y está condicionada por los requisitos ya señalados, resulta improcedente.(14)

Por todo lo expuesto no prospera el cargo.

Tercer cargo. Cuando sin fundamento legal no se decretaren 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 alegado en la forma y tiempo debidos (num. 1, art. 72 ley 80 de 1993)

El recurrente funda la ocurrencia de esta causal en que el tribunal de arbitramento consideró que Caracol TV había sufrido merma patrimonial cuando obran en el expediente documentos que dan cuenta del hecho contrario. Al efecto refiere particularmente a documentos de los

órganos directivos, financieros y de gestión de Caracol TV, al interrogatorio absuelto por el representante legal de Caracol, al dictamen pericial.

Consideraciones de la Sala sobre el cargo

La Sala(15) ha precisado que la prosperidad de esta causal de anulación amerita el cumplimiento de los siguientes supuestos:

- . que no se decreten pruebas oportunamente solicitadas o que se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas;
- . que tales omisiones tengan incidencia en la decisión; y
- . que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos;

En el caso concreto la Sala considera que no le asiste razón a la CNTV cuando afirma que esta causal está plenamente acreditada porque el tribunal de arbitramento no valoró adecuadamente medios de prueba obrantes en el proceso; toda vez que, como se acaba de indicar, la causal invocada procede respecto de pruebas dejadas de decretar o dejadas de practicar, no respecto de pruebas "*dejadas de valorar o mal valoradas*"

La circunstancia de que existieran en el proceso arbitral pruebas que los árbitros no tuvieron en cuenta para descartar el alegado desmedro patrimonial, se traduce en un cuestionamiento al proceder del tribunal de arbitramento que no puede ser objeto de este recurso de anulación por su ya indicada naturaleza.

Por tanto no prospera el cargo.

4. Recurso interpuesto por Caracol Televisión

Único cargo. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento. (num. 3, art. 72 ley 80 de 1993)

Caracol Televisión S. A afirmó que el tribunal de arbitramento incurrió en dos errores aritméticos:

1. El valor que realmente pagó por la licencia de concesión y que debe tomarse en cuenta para cuantificar la condena fue el de \$117.974 millones y no el de \$102.656,05 millones, toda vez que en el acta 259 - que al efecto tuvo en cuenta el Tribunal - no se fijó el valor de la licencia en pesos sino en dólares y fueron los peritos quienes establecieron en \$102.656,05 millones ese valor.
2. El valor real de la licencia calculado por los peritos en \$69.795 millones de pesos es causado únicamente por el comportamiento de la INPT durante los años 1998 a 2000, de manera que lo correcto para restablecer el equilibrio financiero del contrato, sería tomar la diferencia entre el valor realmente pagado por Caracol - \$117.974 millones y la suma calculada por los peritos - \$69.795 millones, sin sacar la proporción equivalente a los 10 años de concesión.

Consideraciones de la Sala respecto de la causal invocada

La Sala(16) ha precisado que los supuestos de error aritmético que pueden dar lugar a la

corrección del laudo arbitral por la vía de este recurso son los siguientes:

a. Que el error aritmético esté presente en la parte resolutive del laudo;

b. Que se haya alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento y

c. Que el alegado error consista en: *"la equivocación que se presenta al efectuar una simple y elemental operación aritmética o matemática. Así, un error de suma, de resta, de multiplicación, etc."*(17) O en *"una errónea operación aritmética, cuando se señaló menos y era más, o se multiplicó cuando debió dividirse o viceversa, o existan equivocaciones entre las expresiones numéricas y las literales"*(18). Como también se ha admitido como error aritmético *"una mala cita", o cuando lo dicho no corresponda a 'lo que efectivamente el juez ha querido decir o hacer'"*(19)

1. En cuanto al primer error aritmético alegado por Caracol Televisión la Sala considera, al igual que lo hace el Ministerio Público, que no le asiste razón a la convocante toda vez que el tribunal consideró que el valor de la licencia de concesión acordada entre las partes fue \$102.656,05 millones de pesos, con fundamento en la constancia contenida en el acta CNTV N° 259 del 16 de junio de 1997.

No hay por tanto error alguno respecto del valor de la licencia de concesión. Toda vez que el valor adoptado en el laudo, corresponde con la suma contenida en el medio probatorio que el tribunal quiso adoptar.

El cuestionamiento formulado por Caracol TV se traduce en una objeción respecto de la manera como el tribunal de arbitramento valoró los medios de prueba obrantes en el proceso, para establecer el valor de la licencia de concesión y respecto de las consideraciones que adoptó con el mismo objeto. Y estos aspectos sustanciales de la decisión, conforme a lo tantas veces explicado, escapa a la competencia del juez de la anulación.

2. En relación con el segundo error aritmético alegado por la convocante la Sala considera que el mismo tampoco es tal, porque se traduce en una objeción respecto a la decisión del tribunal de dividir la diferencia resultante de restar al valor realmente pagado por Caracol - \$102.656,05 millones - el de \$69.795 millones de pesos, por los años que dura la concesión, sin que se haya recalculado la INPT para los años 2001 y subsiguientes.

Es evidente que la inconformidad de Caracol no refiere a un error aritmético o de cálculo, sino que radica en los factores y procedimientos que adoptó el tribunal de arbitramento para determinar el valor correspondiente a la reparación del desequilibrio.

Que el tribunal de arbitramento haya decidido dividir por 10 la diferencia resultante entre el valor de la licencia calculado por los peritos y el realmente pagado por Caracol, es una decisión sustancial fundada en que el valor total que se pagó corresponde a esos diez años.

Que el INPT se haya recalculado únicamente por los años 1998 a 2000, obedece a que el tribunal considera que el período respecto del cual se produjo el alegado desequilibrio financiero del contrato es precisamente ese.

De manera que no es dable al juez de la anulación pronunciarse respecto de esas consideraciones; menos aún modificarlas so pretexto de que se trata de un error aritmético.

Por tanto, tampoco prospera el cargo formulado por la convocante.

5. Conclusión

Como no se demostró la ocurrencia de alguna de las causales que alegaron las partes, la Sala declarará infundados los recursos, conforme lo establece el artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por la ley 446 de 1998.

6. Costas judiciales

La Sala no dispondrá condena en costas en consideración a que el recurso de anulación fue interpuesto por las dos partes y será resuelto desfavorablemente (artículo 129 de la ley 446 de 1998 que modificó el art. 40 del decreto 2279 de 1989).

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

F A L L A:

PRIMERA.- DECLÁRANSE infundados los recursos de anulación interpuestos por las partes contra el laudo arbitral proferido, el 26 de noviembre de 2001 y aclarado el 8 de diciembre siguiente, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A.

SEGUNDA. Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO A TRAVÉS DE SU SECRETARIA.

RICARDO HOYOS DUQUE JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Presidente de la Sala

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

ACLARACION DE VOTO DEL DR. RICARDO HOYOS DUQUE

ARBITROS - Tienen competencia para pronunciarse como jueces transitorios, sobre controversias de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo

Pueden o no pronunciarse los árbitros del contrato estatal, como jueces transitorios, sobre las controversias de carácter patrimonial que tenga como causa un acto administrativo?. En mi opinión, a la luz de las normas constitucionales y del art. 70 de la Ley 80 de 1993, los árbitros sí tienen competencia para ello. Nota de Relatoría: Se reiteran los argumentos esgrimidos en el salvamento de voto a la sentencia proferida por la Sala el 8 de junio de 2000, expediente 16973.

LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Ejercicio por la Administración / PRIVILEGIO GENERAL DE AUTOTUTELA - Procedencia de la liquidación unilateral del contrato como prerrogativa de la administración

Sí hay algo que caracteriza o tipifica hoy el contrato estatal es la presencia de la

administración pública, de acuerdo con el criterio subjetivo adoptado por la ley 80 de 1993 para su definición. Esta presencia, a su vez, implica que la administración mantenga en el contrato el privilegio general de autotutela, declarativa y ejecutiva (art. 64 C.C.A.) que se manifiesta a través de actos administrativos y que deriva de la posición jurídica general de la administración, no resulta del contrato y por consiguiente es en sí mismo extracontractual. Esto es lo que llaman los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández "las modulaciones de la institución contractual en los contratos administrativos". Esto significa que la simple introducción en el contrato de la mecánica general del proceder formal de la administración, no afecta las reglas propias del mismo. Así se desprende del art. 13 ley 80 de 1993 en cuanto señala que el contrato estatal se rige por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. La verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de estas prerrogativas se deriva de la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, con los servicios públicos cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la administración (art. 2º C.C.A., art. 3º ley 80 de 1993) y cuyo cumplimiento, por consiguiente, debe ésta atender con todas sus facultades específicas, con el fin de evitar, sobre todo, retrasos que serían ineludibles si la administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De acuerdo con el art. 61 de la Ley 80 de 1993, no es exacto, por tanto, como se afirma en la ponencia, que la facultad legal que tiene la administración para liquidar el contrato y que suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente, no sea un "poder excepcional o privativo de la administración".

ACLARACION DE VOTO DEL DR. RICARDO HOYOS DUQUE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Bogotá, D.C., cuatro (4) de julio de 2002

Radicación número: 11001-03-26-000-2002-0012-01(22195)

Actor: CARACOL TELEVISIÓN S. A.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

No obstante compartir la decisión adoptada por la Sala, me separo de las consideraciones que se hacen sobre la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

I.- En aras de la brevedad, reitero las razones que expuse en mi salvamento de voto a la sentencia proferida por la sala el 8 de junio de 2000 (Ext. No. 16.973). En esa oportunidad sostuve:

"En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la ley 80 de 1993 se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente

su campo de aplicación.

En efecto, el art. 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros **las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución o desarrollo, terminación o liquidación.**

Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

Aquí es necesario advertir como la norma permite en forma expresa dentro de los asuntos que las partes pueden someter a la decisión de los árbitros, dos materias en las cuales es posible que la administración pueda ejercer sus potestades de autotutela declarativa a través de actos administrativos.

En efecto, tanto la terminación como la liquidación pueden ser fruto del acuerdo de voluntades entre las partes, pero una peculiaridad propia de los contratos estatales es que la administración puede terminarlos o liquidarlos en forma unilateral (arts. 14 ordinal 1º y 61 de la ley 80 de 1993).

Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto Contractual podría sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no sólo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia *capitis diminutia*, lo cual implica la división de la contienda de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica."

II.- Podría argüirse que la controversia quedó zanjado por razón de la sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequibles los artículo 70 y 71 de la ley 80 de 1993, "bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales."

Tal sentencia, que es interpretativa, conduce a confusiones cuando expresa:

"Las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados." (se subraya)

A renglón seguido, sin embargo, señaló la misma sentencia

"Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiere exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativos, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado." (se subraya)

No advirtió la Corte Constitucional que estaba remitiendo a dos sentencias de esta Sección que sostienen puntos de vista diversos sobre el tema, las cuales, además, se profirieron en vigencia del decreto ley 222 de 1983 que de manera expresa excluyó del conocimiento del juez arbitral la aplicación y sus efectos de la cláusula de caducidad así como las de terminación, modificación e interpretación unilaterales.

Así, en la sentencia del 15 de mayo (no de marzo) de 1992 (Exp. 5326) la Sala sostuvo que si bien el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos de naturaleza contractual estaba reservado a la jurisdicción contencioso administrativa, lo mismo que lo atinente a sus efectos jurídicos, los árbitros podían conocer válidamente "de las consecuencias económicas de dichos efectos". Allí se dijo:

"Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, más no las consecuencias económicas de dichos efectos."

Por el contrario, en la sentencia del 16 (no 17) de junio de 1997 (Exp. 10.882) esta sección sostuvo que no es posible, que, en forma concurrente, puedan conocer y decidir sobre una misma materia el juez administrativo y el juez arbitral, ya que

"de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella (art. 229 de la Carta Política). (...)

4°. Al romperse la continencia de la causa se correría el peligroso riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, como la que podría presentarse al anular esta jurisdicción los actos que declararon el incumplimiento del contrato por parte de PINSKY, y que luego la jurisdicción arbitral decida que CARBOCOL no está obligada a pagar perjuicios porque ésta sí cumplió con el pacto.

De allí que aparezca como jurídico y razonable el que la jurisdicción contencioso administrativa asuma el conocimiento pleno de una controversia cuya unidad no puede ser

desconocida."

En qué quedamos: pueden o no pronunciarse los árbitros del contrato estatal, como jueces transitorios, sobre las controversias de carácter patrimonial que tenga como causa un acto administrativo?.

En mi opinión, a la luz de las normas constitucionales y del art. 70 de la Ley 80 de 1993, los árbitros sí tienen competencia para ello.

III.- Si hay algo que caracteriza o tipifica hoy el contrato estatal es la presencia de la administración pública, de acuerdo con el criterio subjetivo adoptado por la ley 80 de 1993 para su definición. Esta presencia, a su vez, implica que la administración mantenga en el contrato el privilegio general de autotutela, declarativa y ejecutiva (art. 64 C.C.A.) que se manifiesta a través de actos administrativos y que deriva de la posición jurídica general de la administración, no resulta del contrato y por consiguiente es en sí mismo extracontractual. Esto es lo que llaman los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández "las modulaciones de la institución contractual en los contratos administrativos" y al respecto anotan:

"La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica del recurso contencioso-administrativo en su aplicación al contrato administrativo. En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de ésta, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza."(20) (Las subrayas no son del original)

Esto significa que la simple introducción en el contrato de la mecánica general del proceder formal de la administración, no afecta las reglas propias del mismo. Así se desprende del art. 13 ley 80 de 1993 en cuanto señala que el contrato estatal se rige por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley.

La verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de estas prerrogativas se deriva de la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, con los servicios públicos cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la administración (art. 2º C.C.A., art. 3º ley 80 de 1993) y cuyo cumplimiento, por consiguiente, debe ésta atender con todas sus facultades específicas, con el fin de evitar, sobre todo, retrasos que serían ineludibles si la administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso.

De acuerdo con el art. 61 de la Ley 80 de 1993

"Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivados (sic) susceptible del recurso de reposición." (se subraya)

No es exacto, por tanto, como se afirma en la ponencia, que la facultad legal que tiene la administración para liquidar el contrato y que suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente, no sea un "poder excepcional o privativo de la administración".

Con todo respeto,

RICARDO HOYOS DUQUE

Fecha *ut supra*.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Cabe resaltar que este decreto es aplicable respecto de los recursos ejercitados contra los laudos arbitrales que dirimen controversias derivadas de contratos estatales, por remisión expresa del aparte final del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

2 Exp. 7809 12 de noviembre de 1993.

3 En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 30 de mayo de 2002; expediente 20.985.

4 En tal sentido puede verse a EDUARDO J. COUTURE en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981. P.344-345.

5 Sentencia 17704 proferida el 17 de agosto de 2000.

6 Auto proferido por la Sala Plena el 25 de junio de 1996; expediente Q 038.

7 Entre otras providencias de la Sala cabe consultar las sentencias proferidas el 10 de agosto de 2001, expediente 15862 y 6 de junio de 2002, expediente 20634.

8 Sentencia proferida el 8 de junio de 2000, expediente 16973.

9 Sentencia C 1436 proferida el 25 de octubre de 2000.

10 Cabe señalar que la Sala en sentencia proferida el 11 de abril de 2002, expediente 21652 precisó que cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo.

11 Cabe tener en cuenta que en el caso concreto las partes acordaron que la liquidación del contrato se haría de común acuerdo a mas tardar dentro de las seis meses siguientes a la fecha de terminación. (cláusula 32)

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

13 Sentencia proferida el 6 de junio de 2002; expediente 20634.

14 La Sala no puede pasar por alto la circunstancia de que el Tribunal de arbitramento, de oficio, hubiese dispuesto en esta oportunidad procesal el incremento de la condena, mediante la incorporación de un valor independiente asignado al concepto de actualización

de capital.(fol. 771) Para la sala resulta bastante discutible esta decisión, toda vez que ya proferido el laudo, el tribunal sólo estaba facultado para adicionarlo, corregirlo o aclararlo en las precisas circunstancias previstas en los artículos 309 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

De ser competente la Sala podría evaluar si el tribunal excedió con ello sus facultades al modificar el laudo. Sin embargo no le es dable tal pronunciamiento porque tal circunstancia debió invocarse bajo los supuestos de otra de las causales de anulación del laudo (num. 4 art. 72 de la ley 80/1993) y no dentro de la que invocó la

15 En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 18 de mayo de 2000; expediente 17797.

16 Al respecto puede consultarse la sentencia proferida por la Sala el 6 de junio de 2002; expediente 20634.

17 Ver sentencia del 12 de noviembre de 1993, exp. 7809.

18 En este sentido puede verse sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

19 La Sala le explicó este sentido del "error aritmético en sentencia proferida el 6 de junio de 2002; expediente 20634.

20 *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, edit. Civitas, 1983. 4ª ed., p. 635.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Comisión de Regulación de Comunicaciones
n.d.
Última actualización: 23 de enero de 2026

