

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Naturaleza

La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar la naturaleza restrictiva, extraordinaria y, por ende, excepcional, del recurso de anulación de laudos arbitrales, teniendo en cuenta que su finalidad se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), esto es, por quebrantamiento de normas reguladoras de la actividad procesal, desvío del juicio o vulneración de las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, más no por errores de juzgamiento o in iudicando (por violación de leyes sustantivas).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Características

Entonces, la discusión en torno a si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), si plantó o revivió un nuevo debate probatorio o si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las que arribó, son ajenas a la competencia de esta Corporación, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, por tanto, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. Así, las facultades del juez del recurso de anulación de laudos arbitrales están limitados por el llamado “principio dispositivo”, y según este, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que se persigue dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Autoridad Nacional de Televisión – Naturaleza jurídica

La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) es una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal, técnica y forma parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, conforme a su acto de creación, esto es, el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, por tanto, la Sección Tercera de esta Corporación es competente para conocer de este asunto.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Aplicación

En este sentido, consideró que, tratándose este contrato de una concesión para la prestación del servicio público de televisión, no todas sus cláusulas surgen de un acuerdo de voluntades, sino que muchas de ellas se encuentran ligadas con la competencia constitucional y legal que, en su momento, tenía la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) y ahora la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para dirigir, regular y controlar el uso del espectro electromagnético, según lo previsto en el artículo 75 de la Carta Política. Es decir, no se trata de una potestad excepcional o exorbitante de la Administración asimilable a las reguladas en la Ley 80 de 1993. (...) Por lo anterior, estimó que el origen de la infracción no fue el incumplimiento de una obligación que vinculara solo a las partes del contrato, sino del poder de dirección, regulación y control que ejerció la administración respecto de los servicios públicos, es decir, no se trató de una potestad excepcional de las reguladas en la Ley 80 de 1993, por lo que se trata de actos administrativos sancionatorios, cuyo control judicial está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) En consecuencia, señaló que el auto del 12 de agosto de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, no constituyó precedente judicial sobre el que pudiera sustentarse la jurisdicción y competencia de la justicia arbitral para resolver de fondo el asunto, por cuanto su ratio decidendi se circunscribió a la excepción de existencia de cláusula compromisoria y no a la naturaleza de la multa impuesta.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Alcance

La jurisprudencia de la Corporación ha considerado que una de las etapas más importantes en el proceso arbitral es la primera audiencia de trámite. En esta se profiere el auto con el que el propio Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, esa decisión solo es susceptible de recurso de reposición. Por ello, si una parte o un interviniente no está de acuerdo con la competencia que el Tribunal asume y, pese a ello, se abstiene de presentar el recurso de reposición, no podrá posteriormente, invocar causal de anulación fundada en ese motivo. (...) Ahora bien, el recurrente, conocedor de esta circunstancia y del alcance que podrían tener los artículos 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012 en relación con la procedencia de la invocación de la causal de anulación relativa a la falta de competencia del Tribunal, ha manifestado que el requisito de procedibilidad del que trata el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no le es aplicable al Ministerio Público ya que este no es parte sino un interviniente especial (...) se desprende de la interpretación literal del mencionado artículo 41 que establece el requisito de procedibilidad de la causal, no a cargo de quienes tengan la condición de partes dentro del proceso arbitral, sino de todo aquel que pretenda fungir como recurrente extraordinario en procura de la anulación del laudo. (...) y, por tanto, en esa línea de pensamiento, ninguna relevancia tiene que el Ministerio Público obre como parte o como interviniente especial en los términos que le autorizan los artículos 44 del Decreto Ley 262 de 2000, y 49 de la ley 1563 de 2012 (...) La Sala, por tanto, rechaza la causal de anulación propuesta y se abstiene de continuar con el análisis del cargo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Aplicación

Considera que el Tribunal, al abordar el estudio de la legalidad de la infracción, vulneró el principio de congruencia y profirió un fallo extra petita, sin que tal exceso pueda justificarse con la exposición, en su parecer extemporánea, que hizo el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, de razones dirigidas a atacar la legalidad de la infracción, razones que dice, no debieron ser tenidos en cuenta en el laudo, pues con tal proceder se vulneraba el derecho de defensa de la ANTV.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Alcance

La causal 9 de anulación de laudo arbitral que enuncia el artículo 41 del decreto 1563 de 2012 constituye una consecuencia a la transgresión del principio de congruencia cuando los árbitros han proferido laudo inarmónico con los hechos, las pretensiones y las excepciones expuestas y formuladas por las partes. (...) Sin embargo, la Sala, después de un análisis detallado de los hechos, concluye que el laudo fue proferido con estricta sujeción a las pretensiones principales de la demanda, y que la escueta pero clara referencia a fundamentos referidos por el actor en los puntos decimocuarto y el decimoquinto de su relato fáctico, muy a pesar de acusar con ello alguna falta de técnica, pues en estricto sentido, la convocante aludía allí a razones jurídicas, más que fácticas, con intención perceptible, sin dificultad, de abrir un debate integral sobre la legalidad del acto. (...) Así las cosas, la Sala encuentra que el cuestionamiento hecho por los recurrentes, lo que en realidad comporta es una controversia alusiva a la fundamentación misma del laudo (vicio in iudicando), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (vicio in procedendo). En esa medida, escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso deberá declararse igualmente infundada.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Aplicación

El recurrente considera que el Tribunal de Arbitramento, pese a que sustenta la declaración de nulidad del acto demandado en el contenido del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, en realidad transformó su contenido y le dio un alcance que la norma no tiene, lo que conduce a concluir que no aplicó el sistema jurídico normativo. (...) en opinión del recurrente, el laudo se aparta del contenido de la norma jurídica y le da un alcance que este no tiene. En este sentido, considera que no puede aceptarse tal entendimiento, puesto que, como ocurrió en la decisión recurrida, se concluirá siempre con la consecuencia jurídica de nulidad de los actos demandados. Finalmente, señaló que la presentación del recurso no es simplemente una crítica

a una interpretación de una norma que sirvió de fundamento al Tribunal para declarar la nulidad de los actos demandados, sino lo que se quiere destacar es que la interpretación dada es tan ostensiblemente alejada de la finalidad de la norma que en estricto sentido implica que esta no se aplicó.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Alcance

Solo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del que se debe decidir, o por no contar con razonamientos jurídicos, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si los árbitros resuelven con base en el ordenamiento jurídico, fundado en el análisis y valoración de las pruebas allegadas oportunamente al proceso y conforme a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho. (...) la jurisprudencia de la Corporación indica que se ha fallado en conciencia, cuando se decide sin pruebas sobre los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones, es decir, sin tener en consideración las pruebas que obran en el plenario. (...) Así, la Sala considera que el objeto del recurrente con la formulación de esta causal reconduce a la intervención de esta Corporación en asuntos sustanciales relativos a cuestionar las consideraciones y valoraciones jurídicas realizadas por el Tribunal de Arbitramento en su laudo, sin demostrar cuáles fueron los errores estrictamente procesales, aspectos que constituyen, con claridad, errores in iudicando, razón suficiente para señalar que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00150-00 (60181)

Actor: RCN TELEVISIÓN S.A.

Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN (ANTV)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

La Sala procede a resolver el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral interpuesto por el **Ministerio Público y por la convocada, Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)**, contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre la convocada y **RCN Televisión S.A.**, en el marco del Contrato de Concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, prorrogado por medio de otrosí suscrito el 9 de enero de 2009.

1. SÍNTESIS DEL CASO

El **Ministerio Público y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)** solicitan que se anule el laudo arbitral del cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017), aclarado a través del auto del catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017), en el que se declaró la nulidad de las Resoluciones 342 del catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012) y 088 del cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), expedidas por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), respectivamente y, en consecuencia, se condenó a la convocada a restituir a **RCN Televisión S.A.** los valores cancelados en cumplimiento de una multa que le había sido impuesta.

2. ANTECEDENTES

Entre la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), hoy Autoridad Nacional de Televisión –ANTV- y la sociedad TRR Televisión S.A., hoy RCN Televisión S.A., se celebró el contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, cuyo objeto consistió en la:

“(...) entrega que hace LA COMISIÓN, a título de concesión al CONCESIONARIO, de la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N1, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO que forma parte integral del presente contrato”.

La concesión, que en principio se pactó a diez (10) años, fue prorrogada con otrosí No. 8, suscrito el 9 de enero de 2009 entre la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) y la sociedad anónima denominada RCN TELEVISIÓN S.A., por un tiempo adicional de diez (10) años¹.

Conforme a lo establecido en la Cláusula Cuadragésima Tercera del acuerdo celebrado el 9 de enero de 2009², las partes convinieron pacto arbitral en los siguientes términos:

“CLAUSULA CUADRAGÉSIMA TERCERA – CLÁUSLA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato o relacionada con el mismo se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se

¹ Folios 41 al 75 del cuaderno de pruebas No. 1

² Folio 73 del cuaderno de pruebas No. 1

sujetar a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido la designación de estos se efectuará por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo entre árbitros de la lista “A” de dicho Centro; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. c) El Tribunal de arbitramento decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y efectos de la cláusula de caducidad”.

El 14 de octubre de 2015, la sociedad RCN Televisión S.A. solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), y para esto planteó los siguientes hechos y pretensiones³:

“(…) HECHOS

- 1. En virtud del contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997 celebrado entre la CNTV y RCN, esta sociedad es concesionaria de un canal nacional de televisión de operación privada cuyo término inicial de concesión fue de diez años.*
- 2. El mencionado contrato de concesión fue prorrogado mediante otrosí suscrito el 9 de enero de 2009, por un término adicional de diez años.*
- 3. En virtud de los derechos adquiridos en el contrato de concesión, RCN emitió los programas “Las Detectives y el Víctor” y “Mi Pecado”.*
- 4. La Oficina de Contenidos y Defensoría del Televidente realizó una revisión sobre la programación emitida por RCN durante los días 1, 4, 10, 13, 15, 17, 22, 23 y 30 de mayo de 2009 y los días 3, 5, 13, 15, 17, 20, 27 y 29 de septiembre de 2009 para verificar el cumplimiento de la obligación consistente en anteponer a la transmisión de los programas un aviso donde se indique en forma escrita y oral la edad promedio apta para ver dicho programa anunciando igualmente si contiene o no violencia y sexo, obligación contenida en el parágrafo del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 en concordancia con el artículo 2 del Acuerdo 017 1997 (sic).*
- 5. Mediante Auto 535 la Oficina de Regulación de la Competencia (en adelante ORC) de la CNTV inició actuación administrativa en contra de RCN, con base en el informe de la Oficina de Contenidos y Defensoría del Televidente, con el fin de establecer si la sociedad que represento cumplía la obligación contenida en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 en concordancia con el artículo 2 del Acuerdo 017 de 1997.*
- 6. Mediante Resolución 342 del 14 de marzo de 2012, la CNTV concluyó la mencionada actuación administrativa y le impuso a RCN multa por CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (112.434.790 M/CTE) porque, según ésta, RCN incumplió las disposiciones en las cuales se fundamentó el informe de la ORC con base en el cual se sancionó al concesionario.*
- 7. Según la referida Resolución 342 del 14 de marzo de 2012, el monto de la multa corresponde al 0.075% del valor actualizado del contrato de concesión celebrado entre la entidad y el concesionario, sin embargo, si se toma el monto correcto del valor actualizado del contrato, se disminuye considerablemente.*
- 8. La CNTV en la referida Resolución 342 de 2012, para tratar de justificar el*

³ Folios 1 al 16 del cuaderno No. 1

porcentaje del valor de la sanción impuesta, señala que lo estableció con base en una tabla de graduación de la ORC expedida en el año 2009, tabla que nunca fue conocida por RCN, y que es utilizada al capricho de la CNTV. Lo anterior viola el derecho de defensa de mi representada, pues resulta imposible defenderse de esa caprichosa graduación de la pena.

9. El 24 de abril de 2012 RCN interpuso recurso de reposición contra la Resolución 342 de 2012.
10. Por ministerio de la Ley 1502 de 2012, la CNTV entró en proceso de liquidación y fue sustituida en su posición contractual por la ANTV.
11. El 4 de febrero de 2015, la ANTV profirió la Resolución 088 de 2015 mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto y confirmó en su totalidad la Resolución 342 del 14 de marzo de 2012.
12. En la mencionada Resolución 088 de 2015 la ANTV negó las pruebas solicitadas por el concesionario en el recurso de reposición, las cuales resultaban indispensables para el ejercicio de su derecho de defensa y la plena realización del postulado constitucional del debido proceso.
13. El día 15 de abril de 2015 RCN pagó a la ANTV la multa impuesta mediante Resoluciones 342 de 2012 y 088 de 2015.
14. De conformidad con el artículo 12, literal h), de la Ley 1582 de 1995, el daño producido es uno de los factores que debe evaluar la ACNTV para ejercer su potestad sancionadora.
15. Ni la CNTV ni la ANTV establecieron en los actos administrativos referidos cuál fue el daño causado con la conducta reprochada.

PRETENSIONES

Pretensiones Principales

Primera. Que se declare la nulidad de las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012 expedidas por la CNTV y 088 del 4 de febrero de 2015 expedida por la ANTV.

Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración se condene a la parte demandada a restituir el valor de CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (112.434.790 M/CTE) suma de dinero pagada por la sociedad demandante en cumplimiento de las mencionadas resoluciones 342 del 17 de marzo de 2012 y 088 del 11 del 4 (sic) de febrero de 2015, con la respectiva indexación monetaria a la fecha en que se efectúe la devolución del dinero.

Tercera. Que se condene al pago de las costas a la entidad demandada.

Pretensiones Subsidiarias

Primera. Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012 expedida por la CNTV y 088 del 4 de febrero de 2015 expedida por la ANTV.

Segunda. Que se condene a la demandada a restituir el valor de CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (112.434.790 M/CTE) suma de dinero pagada por la sociedad demandante en cumplimiento de las mencionadas resoluciones 342 del 17 de marzo de 2012 y 088 del 11 del 4 (sic) de febrero de 2015, y la suma menor de la multa a imponer que resulte probada en el proceso.

Tercera. Que se condene al pago de las costas a la entidad demandada.”

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 26 de mayo de 2016 e inadmitió la

demanda⁴. Una vez subsanada esta, por auto del 8 de junio de 2016, el Tribunal la admitió, corrió traslado a la parte convocada, y ordenó la notificación de la providencia al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁵.

La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) contestó oportunamente la demanda⁶; se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones de mérito, sobre las que se pronunció la parte convocante en el término de traslado respectivo⁷.

El Tribunal declaró el fracaso de la audiencia de conciliación celebrada entre las partes, por auto No. 6 del 26 de septiembre de 2016⁸, y dispuso continuar con el trámite del proceso arbitral. Para esto, por medio de proveído, fijó los honorarios de los árbitros y del secretario y, una vez acreditado el pago de los gastos del proceso⁹, realizó la primera audiencia de trámite el 20 de enero de 2017¹⁰.

En la citada audiencia, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones formuladas en la demanda, y dispuso el término de duración del proceso arbitral. Así mismo, con auto No. 14 de la misma fecha, el Tribunal confirmó lo resuelto en el auto No. 13, que había sido objeto de recurso de reposición por la ANTV bajo la consideración de la falta de jurisdicción del Tribunal para conocer sobre actos administrativos de carácter sancionatorio y la caducidad de la acción. En la primera audiencia de trámite no se hizo presente el representante del Ministerio Público¹¹.

Luego, el Tribunal Arbitral sesionó en varias audiencias en las que se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes en sus diferentes escritos, ordenó también la práctica de pruebas de oficio y corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, intervenciones que se presentaron oportunamente¹².

El Tribunal profirió el correspondiente laudo arbitral el cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017)¹³, en el que resolvió lo siguiente:

⁴ Folios 268 al 272 del cuaderno No. 1

⁵ Folios 292 al 294 del cuaderno No. 1

⁶ Folios 1 al 29 del cuaderno No. 2

⁷ Folios 33 al 44 del cuaderno No. 2

⁸ Folio 58 del cuaderno No. 2

⁹ Folio 64 del cuaderno No. 2

¹⁰ Folio 89 al 98 del cuaderno No. 2

¹¹ Folio 89 al 98 del cuaderno No. 2

¹² Folio 99 al 212 del cuaderno No. 2

¹³ Folios 213 al 263 del cuaderno principal

“Primero: Declarar la prosperidad de la primera pretensión principal propuesta por RCN TELEVISIÓN S.A. y, en consecuencia, anular las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012 y 088 del 4 de febrero de 2015 expedidas por la CNTV y la ANTV.

Segundo: Condenar a la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN a restituir a RCN TELEVISIÓN S.A. la suma indexada de \$128.727.926 que RCN pagó en cumplimiento de las resoluciones anuladas en el punto anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo arbitral.

En caso de mora en la restitución ordenada, deberá reliquidarse la indexación hasta la fecha en la que se efectúe dicha restitución conforme a la misma fórmula actuarial arriba indicada.

Tercero: No condenar en costas a ninguna de las partes.

Cuarto: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal, y ordenar su pago.

Quinto: Disponer que el presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de “Otros” que no haya sido utilizada.

Sexto: Ordenar por secretaria se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes y para el Ministerio Público, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Séptimo: Disponer que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

Myriam Salcedo Castro, árbitro que presentó salvamento de voto contra la decisión del Tribunal Arbitral, sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

“(…) En consecuencia, de acuerdo a las anteriores consideraciones, el Tribunal ha debido, en mi concepto, acceder a las pretensiones subsidiarias de RCN liquidando la multa teniendo en cuenta para ello el principio de favorabilidad.

En ese orden de ideas, como los porcentajes fijados por las Resoluciones 1031/09 y 1063/10 fueron un 0.005% por la gravedad de la falta y un 0.003% por la cobertura nacional, dicho 0.0008% hubiera podido ser aplicado sobre el valor actualizado del contrato y podido ordenarse a la administración, restituir la diferencia entre los \$112.434.790 y la suma liquidada con su respectiva indexación.

Esto hubiera permitido al Tribunal fallar respetando la infracción que habiendo siendo probada durante el proceso administrativo, no fue cuestionada ni en sede administrativa, ni en la instancia arbitral, y se hubiera fallado dentro del marco de las pretensiones presentadas en la demanda”¹⁴.

En memoriales del 10 y 12 de julio de 2017, el Ministerio Público y la Autoridad Nacional

¹⁴ Folios 259 al 262 del cuaderno principal

de Televisión (ANTV)¹⁵, respectivamente, elevaron solicitudes de aclaración y complementación del laudo arbitral. Estas fueron resueltas por el Tribunal, en el auto No. 25 del 14 de julio de 2017¹⁶, en el sentido de corregir: i) el primer párrafo de la página 36 del laudo arbitral, al precisar que quien hace las afirmaciones a que se refiere el Tribunal es el representante de la convocada y no el agente del Ministerio Público, y, ii) aclarar el punto segundo de la parte resolutive del laudo, al precisar que el pago deberá efectuarse dentro del plazo concedido por el Tribunal, sin perjuicio del término del artículo 192 del CPACA para el pago con intereses moratorios.

Por medio de escrito radicado el 28 de agosto de 2017¹⁷, el Ministerio Público, a través del Procurador Séptimo Judicial II Administrativo, presentó recurso extraordinario de anulación contra el laudo proferido el 5 de julio de 2017, aclarado y corregido el 14 de julio de 2017, invocando las causales 2ª y 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. .

En el mismo sentido, la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) presentó, el 30 de agosto de 2017¹⁸, recurso extraordinario de anulación, invocando las causales 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, con la pretensión de que esta Corporación decrete la nulidad del laudo proferido el 5 de julio de 2017. Además, solicitó que, al momento de admitir el recurso, se decretara la suspensión de lo resuelto en el laudo.

Por Secretaría del Tribunal se corrió traslado de los recursos a la parte contraria por el término de quince (15) días¹⁹, oportunidad que fue aprovechada por RCN Televisión S.A., por medio de escrito, del 26 de septiembre de 2017²⁰, en el que se opuso a todas las consideraciones expuestas y solicitó a esta Corporación, declarar no procedente el recurso interpuesto.

Por medio de auto del 25 de octubre de 2017, esta Corporación avocó el conocimiento del asunto y ordenó suspender la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral del 5 de julio de 2017, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012²¹.

3. EL RECURSO DE ANULACIÓN

Las causales de anulación señaladas son las previstas en los numerales 2º, 7º y 9º del

¹⁵ Folios 266 al 268 y 278 al 281 del cuaderno principal

¹⁶ Folios 283 al 289 del cuaderno principal

¹⁷ Folios 291 al 305 del cuaderno principal

¹⁸ Folios 307 al 329 del cuaderno principal

¹⁹ Folio 330 del cuaderno principal

²⁰ Folios 331 al 346 del cuaderno principal

²¹ Folios 350 al 352 del cuaderno principal

artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, **“2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”**; **“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”** y, **“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”**.

4. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos extraordinarios de anulación interpuestos, la Sala analizará: **i)** La competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; **ii)** El recurso de anulación de laudos arbitrales, su naturaleza y características; **iii)** Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto; y **iv)** condena en costas.

4.1. Competencia del Consejo de Estado

Corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia sobre los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, tal como lo establece el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012²².

El laudo objeto del recurso extraordinario de revisión resolvió una controversia surgida en el marco de la ejecución de un contrato de concesión del servicio público de televisión en el que son partes, por un lado, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) hoy Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), como concedente y, por el otro, la sociedad comercial RCN Televisión S.A., como concesionario.

La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) es una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal, técnica y forma parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, conforme a su acto de

²² “Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente (...) Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

creación, esto es, el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012²³, por tanto, la Sección Tercera de esta Corporación es competente para conocer de este asunto.

4.2. El recurso de anulación de laudos arbitrales, su naturaleza y características

La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar la naturaleza restrictiva, extraordinaria y, por ende, excepcional, del recurso de anulación de laudos arbitrales²⁴, teniendo en cuenta que su finalidad se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo* (por violación de leyes procesales), esto es, por quebrantamiento de normas reguladoras de la actividad procesal, desvío del juicio o vulneración de las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, más no por errores de juzgamiento o *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas).

Entonces, la discusión en torno a si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), si plantó o revivió un nuevo debate probatorio o si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las que arribó, son ajenas a la competencia de esta Corporación, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, por tanto, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios²⁵.

Así, las facultades del juez del recurso de anulación de laudos arbitrales están limitados por el llamado "*principio dispositivo*", y según este, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que se persigue dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra^{26,27}.

4.3 Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto

²³ Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones

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

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2017, Expediente No. 58527, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

²⁷ BEJARANO Guzmán Ramiro y otros, *Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 24.

4.3.1 Como primera causal de anulación, el Ministerio Público plantea la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral para conocer del proceso, prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

4.3.1.1. Argumentos del Ministerio Público relacionados con la referida causal

El Agente del Ministerio Público consideró, como cuestión procesal previa, que a él no le resulta aplicable el requisito de procedibilidad, del que trata el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, haber presentado recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, habida consideración que el artículo 277, numeral 7 de la Carta Política, otorgó al Ministerio Público la facultad de *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”*, y que el Ministerio Público no es parte, sino que es un interviniente especial según lo dispone el artículo 49 ibidem y que, de todas maneras, la falta de jurisdicción del Tribunal arbitral para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter sancionatorio, y la caducidad que había padecido la acción fueron asuntos que se presentaron a consideración del Tribunal por parte de la ANTV, tanto en su contestación de la demanda, como con la formulación de la respectiva excepción previa y en el recurso de reposición propuesto por la misma entidad contra la decisión desestimatoria de la excepción y fueron planteados por el Ministerio Público en el concepto de fondo que rindió ante el Tribunal.

Ya como sustento de la causal invocada, consideró que en el presente asunto resulta relevante definir la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, un contrato de concesión del servicio público de televisión, que, siguiendo la posición adoptada por el Consejo de Estado, presenta dos categorías de cláusulas: unas de naturaleza legal o reglamentaria y otras de naturaleza contractual.

En este sentido, consideró que, tratándose este contrato de una concesión para la prestación del servicio público de televisión, no todas sus cláusulas surgen de un acuerdo de voluntades, sino que muchas de ellas se encuentran ligadas con la competencia constitucional y legal que, en su momento, tenía la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) y ahora la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para dirigir, regular y controlar el uso del espectro electromagnético, según lo previsto en el artículo 75 de la Carta Política. Es decir, no se trata de una potestad excepcional o exorbitante de

la Administración asimilable a las reguladas en la Ley 80 de 1993.

A su juicio, la multa impuesta por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) a RCN Televisión se fundamentó en el ejercicio de competencias previstas en los literales b) del artículo 5 y h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, normas que, en su criterio, evidencian que en la concesión para el servicio público de televisión existen dos tipos de multa: a) multas de apremio por incumplimiento de obligaciones contractuales y, b) multas sancionatorias por violación de disposiciones legales y reglamentarias del servicio público de televisión.

Por lo anterior, estimó que el origen de la infracción no fue el incumplimiento de una obligación que vinculara solo a las partes del contrato, sino del poder de dirección, regulación y control que ejerció la administración respecto de los servicios públicos, es decir, no se trató de una potestad excepcional de las reguladas en la Ley 80 de 1993, por lo que se trata de actos administrativos sancionatorios, cuyo control judicial está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, señaló que el auto del 12 de agosto de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, no constituyó precedente judicial sobre el que pudiera sustentarse la jurisdicción y competencia de la justicia arbitral para resolver de fondo el asunto, por cuanto su *ratio decidendi* se circunscribió a la excepción de existencia de cláusula compromisoria y no a la naturaleza de la multa impuesta.

4.3.1.2. Posición de la parte convocante frente a la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral para conocer del proceso

Frente a estos argumentos, quien fungió como parte convocante en el trámite arbitral planteó en su escrito que recorrió el traslado²⁸, algunas consideraciones generales frente a la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de anulación. Así mismo, indicó que en la cláusula cuadragésima tercera del otrosí al Contrato de Concesión 140 de 1997, suscrito entre las partes, es evidente la voluntad de las partes de adoptar un pacto arbitral sobre las controversias relacionadas con este, entre ellas la imposición de multas provenientes de este contrato.

²⁸ Folios 331 al 346 del cuaderno principal

Señaló, además, que el Tribunal Arbitral, por auto No. 13 del 20 de enero de 2017, se declaró competente para conocer la controversia con fundamento en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012. Contra esta decisión solo la parte convocada presentó el correspondiente recurso que fue negado por el Tribunal. Sin embargo, ningún representante del Ministerio Público se hizo presente para alegar su inconformidad frente a su competencia, por lo que hacerlo en esta etapa, en su criterio, vulnera el derecho de defensa de la convocante.

A su vez, precisó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-1436 de 2000) y del Consejo de Estado (sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252) han manifestado que las cláusulas excepcionales son aquellas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, referentes a la terminación, la interpretación y la modificación unilateral del contrato, además de la caducidad y reversión del contrato, facultad que no se predica respecto de las multas, cuya finalidad es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, ya que tienen unos efectos pecuniarios que son susceptibles de transacción y, por ende, de arbitraje.

Al respecto, indicó que cuando la administración impone una multa al contratista, no lo hace en ejercicio de una potestad exorbitante, sino en ejercicio de una cláusula afín al derecho común (artículo 1592 del Código Civil) y al derecho comercial (artículo 867 del C. de Co.), que no representa una manifestación del poder soberano del Estado en el marco de la relación contractual, por lo que tratándose de multas contractuales el medio de control es el de controversias contractuales (art. 141 del CPACA)

Adujo, también, que la potestad sancionadora contractual está consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150, que dispone que las entidades estatales “(...) *tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar*”. Así mismo, señaló que en la cláusula 14 del otrosí del contrato de concesión No. 140 de 1997, se incorporaron dentro del catálogo de obligaciones contractuales, aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas reglamentarias propias de la actividad y el desarrollo del contrato.

En definitiva, señaló que en el literal j) del artículo 6 de la Ley 1507 de 2012, se encuentra prevista la facultad de la Junta Directiva de la ANTV para sancionar por la violación de obligaciones contractuales, lo que confirma la procedencia del ejercicio de la acción contractual como medio de control en cabeza del contratista, y cuestionó la

interpretación que hizo el Ministerio Público sobre las sentencias que sustentan su recurso de anulación.

4.3.1.3. Consideraciones de la Sala frente a la causal de “falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral para conocer del proceso”

La jurisprudencia de la Corporación ha considerado que una de las etapas más importantes en el proceso arbitral es la primera audiencia de trámite. En esta se profiere el auto con el que el propio Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia²⁹. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012³⁰, esa decisión solo es susceptible de recurso de reposición.

Por ello, si una parte o un interviniente no está de acuerdo con la competencia que el Tribunal asume y, pese a ello, se abstiene de presentar el recurso de reposición, no podrá posteriormente, invocar causal de anulación fundada en ese motivo.

En el caso concreto, el artículo 41 de la ley 1563 de 2012 prescribe:

“Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

(...)

2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

(...)

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.”

Pues bien, la Sala pudo verificar, al revisar los antecedentes que enmarcan el desarrollo del proceso arbitral, desde la convocatoria del tribunal hasta la expedición del laudo, que solo el apoderado de la parte convocada, esto es la ANTV, presentó en la Primera Audiencia de Trámite, celebrada el 20 de enero de 2017³¹, el recurso de reposición frente al auto en el que el Tribunal asumió competencia.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2016, Expediente No. 57377

³⁰ “Artículo 30. Primera audiencia de trámite. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiera que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente”.

³¹ Acta Primera Audiencia de Trámite, folios 89 al 98 del cuaderno No. 2

Así mismo, la Sala evidenció que el agente del Ministerio Público no participó de esta diligencia, pese a que el Tribunal Arbitral, por medio del auto No. 11 del 11 de enero de 2017³², reconoció al Dr. Víctor David Lemus Chois, Procurador Delegado para el procedimiento arbitral y lo citó, con las partes, a la primera audiencia de trámite a celebrarse el 20 de enero de 2017.

Ahora bien, el recurrente, conocedor de esta circunstancia y del alcance que podrían tener los artículos 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012 en relación con la procedencia de la invocación de la causal de anulación relativa a la falta de competencia del Tribunal, ha manifestado que el requisito de procedibilidad del que trata el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no le es aplicable al Ministerio Público ya que este no es parte sino un interviniente especial según lo dispone el artículo 49 ibídem y el artículo 277, numeral 7 de la Carta Política.

Dos son, por lo menos, las razones que mueven a esta Sala a desestimar el argumento así expuesto por el Ministerio Público.

Una primera, se desprende de la interpretación literal del mencionado artículo 41 que establece el requisito de procedibilidad de la causal, no a cargo de quienes tengan la condición de partes dentro del proceso arbitral, sino de todo aquel que pretenda fungir como recurrente extraordinario en procura de la anulación del laudo. Una elemental regla conforme a la exégesis enseña que allí donde el legislador no distingue no le es dado distinguir al intérprete y, por tanto, en esa línea de pensamiento, ninguna relevancia tiene que el Ministerio Público obre como parte o como interviniente especial en los términos que le autorizan los artículos 44 del Decreto Ley 262 de 2000, y 49 de la ley 1563 de 2012, que son, precisamente los que le legitiman la interposición del recurso extraordinario de anulación.

Una segunda razón se encuentra en la interpretación finalista del artículo 41 como fuente del requisito de procedibilidad de la causal 2º de anulación, en consideración al carácter medular que tiene el factor competencia en la definición de la justicia arbitral. Sabido es que el pacto compromisorio tiene por objeto la habilitación de la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre las partes contratantes, habilitación que comporta, correlativamente, la derogación de la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales respecto de los asuntos litigiosos que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral. Desde esa perspectiva, el requisito de procedibilidad se explica por la necesidad de urgir de todos

³² Folio 83 del cuaderno No. 2

los intervinientes en el proceso arbitral, el despliegue de una diligencia mínima que permita una definición pronta y estable de la competencia.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala ha señalado lo siguiente³³:

“(…) La pretensión del legislador en este punto no fue otra diferente que la de exigir de los interesados una conducta activa y oportuna de censura en el foro primigenio para su alegación: el juicio arbitral y concretamente al momento de dictarse el auto de asunción de competencia, de ahí que no sea de recibo alegar en ulterior ocasión cuestiones que no fueron exteriorizadas en su debido momento, pues la autoridad normativa ha comprendido el comportamiento pasivo o permisivo del interesado como muestra de su conformidad, razón por la cual entra en profunda contradicción con el principio de buena fe procesal quien pretenda desconocer su acto precedente (su silencio aquiescente) en búsqueda de un beneficio o provecho como es la nulidad de un laudo, pues tiene averiguado la Sala que “(…) en punto al deber de lealtad con que deben obrar las partes en la actuación judicial, es claro que ofende a la buena fe el que una parte pretenda con un acto posterior violar la legítima expectativa que creó con un actuar antecedente” .

Para la Sala, los artículos 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012 derivan consecuencias claras de la conducta procesal de las partes e intervinientes en la primera audiencia del proceso arbitral: de un lado, el del sometimiento indeclinable a la competencia del Tribunal de Arbitramento para quien se abstuvo de impugnar la decisión de avocación de competencia, de otro, la pérdida de oportunidad procesal, de quien así obró, para alegar la falta de competencia en sede del recurso de anulación del laudo.

Por tanto, convocado como fue el Ministerio Público, oportunamente, para intervenir en el proceso arbitral, y evidente como resultó su desinterés para asistir a la primera audiencia y recurrir contra el auto que avocó competencia, no encuentra esta Sala consecuente, ni conforme a una interpretación exegética o finalista del penúltimo inciso del citado artículo 41, que pretenda invocar este motivo en esta sede extraordinaria de anulación, cuando la parte que lo protestó en forma oportuna no ha pretendido la anulación del laudo con fundamento en esa causal. La Sala, por tanto, rechaza la causal de anulación propuesta y se abstiene de continuar con el análisis del cargo.

4.3.2 Como segunda causal de anulación, el Ministerio Público y la Autoridad

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de diciembre de 2015, Exp. 53165.

Nacional de Televisión (ANTV), plantean la prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consistente en “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o en haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”

4.3.2.1. Argumentos del Ministerio Público relacionados con la referida causal

Señaló el recurrente que, si bien es cierto, de una lectura desprevenida y restringida del acápite denominado “pretensiones de la demanda” puede inferirse que el convocante expuso como pretensión principal la declarativa de nulidad de las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012, expedida por la CNTV y 088 del 4 de febrero de 2015, expedida por la ANTV, y de condena a la restitución del valor cancelado a título de multa, también lo es que en los “*fundamentos de derecho de las pretensiones*” solo cuestionó el monto de la sanción, es decir, las razones jurídicas que soportan las pretensiones subsidiarias.

Considera el Ministerio Público que tal fue el sentido que se dio al el debate planteado por el convocante, no sólo en lo atinente a la violación del principio de legalidad y tipicidad en punto de la proporcionalidad de la multa con el daño producido con ella, y del cálculo del valor actualizado para estimar la multa; sino en lo atinente a la violación del derecho de defensa que entrañaría la aplicación de una tabla no conocida por el convocante para fijar la multa y, en relación con la violación del derecho de igualdad por el porcentaje de la sanción.

Por lo anterior, considera que el Tribunal, al abordar el estudio de la legalidad de la infracción, vulneró el principio de congruencia y profirió un fallo *extra petita*, sin que tal exceso pueda justificarse con la exposición, en su parecer extemporánea, que hizo el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, de razones dirigidas a atacar la legalidad de la infracción, razones que dice, no debieron ser tenidos en cuenta en el laudo, pues con tal proceder se vulneraba el derecho de defensa de la ANTV.

Destacó la obligación que tenía el Tribunal Arbitral de respetar los precedentes del Consejo de Estado, en lo que se refiere a los cargos de legalidad planteados en la demanda. Estos, dijo, deben especificar el vicio invocado y su fundamento de manera clara y precisa; para respaldo de este aserto, trajo a colación una sentencia de la Sección Primera de la Corporación, del 11 de agosto de 2016 y la sentencia T-455 de 2012 de la Corte Constitucional.

4.3.2.2. Argumentos de la ANTV relacionados con la referida causal

El recurrente consideró que, en el caso concreto, el laudo está viciado por lo que el Tribunal emitió una decisión *extra petita*, puesto que el pronunciamiento arbitral no guarda congruencia el cargo planteado en la demanda.

Al respecto, señaló que, de la lectura de la demanda se puede inferir que, si bien el convocante solicitó declarar la nulidad del acto, los argumentos expuestos en el acápite de fundamentos de derecho (normas violadas), estaban dirigidos a cuestionar el monto de la multa misma, pero no a cuestionar la imposición de una sanción.

Luego de citar algunos apartes de la demanda, orientados a sustentar que el principio de congruencia resultó vulnerado, adujo que la lectura integral del cargo permite evidenciar con claridad que estos procuraron justificar un ataque a la dosificación a la multa impuesta por la ANTV, pero no a sustentar un ataque de legalidad a la sanción administrativa.

Señaló que, no se desconoce el hecho de que en la demanda se haya dicho que *“los tres requisitos citados, deben encontrarse presentes para determinar la sanción y su monto”*, o que se haya afirmado que *“la ley expresamente exige la existencia de un daño para el ejercicio de la facultad sancionatoria y no solo para la dosificación de la sanción”*. Sin embargo, esos señalamientos no pueden constituir el argumento que le hubiese permitido al Tribunal declarar la nulidad del acto demandado. En su criterio, el Tribunal debió analizar a plenitud el cargo que estaba dirigido a cuestionar el monto de la multa impuesta y no la sanción misma.

En tal sentido, resaltó las consideraciones expuestas en el salvamento de voto del árbitro que se separó de las consideraciones del literal C del laudo, así como de la parte resolutive de este.

4.3.2.3. Posición de la parte convocante frente a la referida causal

Frente a estos argumentos, el apoderado de la parte convocante señaló que el principio de congruencia se respetó por cuanto las pretensiones de la demanda fueron claras, expresas y guardan coherencia con la resolución del laudo arbitral, conforme al artículo 281 del CGP.

En este orden, precisó que los términos de la demanda estuvieron dirigidos a deprecar la declaración de la nulidad de los actos administrativos que impusieron las multas a RCN Televisión y a solicitar la condena consecuencial a la parte demandada, a restituir el valor pagado para satisfacción de las multas impuestas, con la respectiva indexación monetaria, por lo que, en su opinión, el laudo no fue *extra petita*.

Señaló que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, los fundamentos de derecho sí estaban encaminados a cuestionar la legalidad de los actos administrativos demandados, pues de acuerdo con el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, el ejercicio de la facultad sancionatoria exige que *“la Junta directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en la comisión”*. En su opinión, en los fundamentos de derecho de su demanda se cuestionó que la entidad no hubiera probado la causación del daño, requisito necesario para imponer la sanción.

Además, adujo que en la demanda también se discutió la facultad de la CNTV, hoy ANTV, para valorar en debida forma la reincidencia de la conducta, por medio del análisis de otra investigación administrativa, y que, si bien no se cuestionó la infracción cometida, los actos administrativos estaban viciados de nulidad por la falta de acreditación del daño que habría causado con la falta, y por no respetar el debido proceso en el cálculo de la reincidencia ni en la guarda de proporcionalidad de la sanción pecuniaria con el daño.

Por último, afirmó que la ilegalidad del acto siempre fue debatida por la parte convocada, y que en el laudo arbitral no se examinaron temas exógenos a las partes, por lo que, en su criterio, el laudo arbitral guardó congruencia con las pruebas, pretensiones y hechos de la demanda. Así mismo, adujo que el juez arbitral podía, de acuerdo con el objeto del litigio, decretar la nulidad de los actos administrativos, por haberse solicitado en las pretensiones de la demanda y porque existía conexidad entre el monto de la sanción y la legalidad de aquellos.

4.3.2.4 El ministerio público guardó silencio

4.3.2.5. Consideraciones de la Sala frente a la causal invocada

El artículo 281 del Código General del Proceso prescribe que *“la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás*

oportunidades que el código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

Como puede apreciarse sin dificultad, el principio de congruencia que de esta manera expresa el Código, encuentra su razón de ser en exigencias consustanciales a los derechos fundamentales de las partes a defenderse y controvertir los hechos en los que fundan sus contradictores sus pretensiones (artículo 29 C.P.), y a obtener del juez una decisión que dirima la relación antagónica que expresan las pretensiones y excepciones planteadas por quienes constituyen los extremos subjetivos del litigio.

La causal 9 de anulación de laudo arbitral que enuncia el artículo 41 del decreto 1563 de 2012 constituye una consecuencia a la transgresión del principio de congruencia cuando los árbitros han proferido laudo inarmónico con los hechos, las pretensiones y las excepciones expuestas y formuladas por las partes.

La necesidad de delimitar el alcance de esta causal ha motivado pronunciamientos de esta Corporación del tenor del siguiente:

La incongruencia, vista de manera general, abarca tres supuestos perfectamente definidos: (i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (ultra petita), (ii) cuando el fallo concede algo distinto de lo pedido (extra petita) y (iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita).

Las normas en cita (artículos 280 y 281 C.G. del P.) imponen al juez la concordancia del fallo con las pretensiones y los hechos aducidos en la demanda y con las excepciones propuestas en la contestación de la misma; pero, el principio de congruencia se torna aún más estricto en tratándose de laudos arbitrales, por cuanto las facultades de los árbitros devienen de la voluntad de las partes (principio de voluntariedad) materializada en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) y, por consiguiente, dichas facultades quedan totalmente restringidas a lo convenido por ellas (principio de habilitación).

Así, pues, la causal prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra, extra o citra petita³⁴, es decir, cuando el laudo: (i) recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento (ii) decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes, (iii) excede la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvencción y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis, y (iv) “en aquellos eventos en que ... deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función

³⁴ En el mismo sentido se citan las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 21 de mayo de 2008, exp. 33643, del 27 de marzo de 2008, exp. 33645, del 4 de abril de 2002, exp. 20356, del 23 de agosto de 2001, exp. 19090.

*de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos*³⁵.

En el asunto sub-lite, protestan los recurrentes que el Tribunal Arbitral concedió más de lo pedido, esto es, que se profirió un laudo *extra petita* en atención a que los fundamentos de la demanda solo estaban dirigidos al cuestionamiento del monto de la multa, más no de la legalidad de la sanción.

Sin embargo, la Sala, después de un análisis detallado de los hechos, concluye que el laudo fue proferido con estricta sujeción a las pretensiones principales de la demanda, y que la escueta pero clara referencia a fundamentos referidos por el actor en los puntos decimocuarto y el decimoquinto de su relato fáctico, muy a pesar de acusar con ello alguna falta de técnica, pues en estricto sentido, la convocante aludía allí a razones jurídicas, más que fácticas, con intención perceptible, sin dificultad, de abrir un debate integral sobre la legalidad del acto.

En efecto, en las pretensiones principales de la demanda, la parte convocante solicitó que se declarara la nulidad de las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012, expedida por la CNTV, y 088 del 4 de febrero de 2015, expedida por la ANTV, además de la restitución de la suma de dinero pagada por la sociedad demandante en cumplimiento de los citados actos administrativos debidamente indexada³⁶. Por tanto, sin perjuicio de la formulación subsidiaria de pretensiones, la parte convocante permitió a la convocada el conocimiento de su pretensión anulatoria sobre la totalidad del acto, y esta tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ella, y de controvertir para el efecto, si así lo consideraba pertinente, razones como las expuestas por su contraparte, para fundamento de tal pretensión, a los puntos decimocuarto y decimoquinto de su recuento de “hechos”.

En perfecta congruencia con este marco de pretensiones y fundamentos, el Tribunal Arbitral dispuso en su laudo *“(...) Declarar la prosperidad de la primera pretensión principal propuesta por RCN TELEVISION S.A. y, en consecuencia, anular las Resoluciones 342 del 14 de marzo de 2012 y 088 del 4 de febrero de 2015 expedidas por la CNTV y la ANTV”*; de la misma manera, condenó a la *“(...) AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN a restituir a RCN TELEVISION S.A., la suma indexada de \$128.727.926 que RCN pagó en cumplimiento de las resoluciones anuladas en el punto anterior (...)*³⁷”.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencias del 20 de mayo de 2004 (exp. 25.759), del 4 de abril de 2002 (exp. 20.356) del 2 de marzo de 2006 (exp. 29.703) y del 23 de septiembre de 2015 (exp. 53.054).

³⁶ Folio 4 del cuaderno 1

³⁷ Folio 256 del cuaderno principal

Así, a priori, no se observa que se haya proferido un laudo *extra petita*, por cuanto existe una consonancia lógica y jurídica entre lo pretendido y lo decidido en el fallo.

Ahora, en cuanto a los fundamentos en los que la convocante apoyó sus pretensiones, considera la Sala que estos no solo gravitaron sobre la tasación de la multa, sino que también giraron en torno a la censura a la legalidad de la sanción que derivó la autoridad de Televisión, al señalar la presunta violación del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, respecto del daño producido³⁸; del valor actualizado del contrato³⁹; del principio de tipicidad y legalidad por parte de la entidad demandada en la expedición de los actos administrativos, al no haber evaluado los dos criterios: daño producido y reincidencia⁴⁰, y el de la violación del derecho de defensa y de igualdad⁴¹.

Para la Sala es claro que el Tribunal Arbitral hizo en su laudo un análisis detallado de la legalidad de las Resoluciones Nos. 342 del 14 de marzo de 2012 y 088 del 4 de febrero de 2015 sobre los elementos antes citados⁴² en términos que le permitieron concluir que los argumentos de las partes -en particular, de la parte convocante-, no se limitaban a controvertir la tasación de la multa sino que también se extendían a la calificación de la conducta sancionada. Para ello adelantó un estudio detallado de la legalidad de la actividad sancionatoria de la ANTV en el marco del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, estudio que le permitió concluir que dicho literal desarrolla no sólo la manera de ejercer la facultad de sancionar, sino la derivación en concreto de las multas. Por su parte la ANTV desplegó una enfática oposición sobre estas aristas del debate en orden a la validación, tanto de la tasación de la multa impuesta, como de la calificación de la conducta desplegada por RCN Televisión S.A., que calificó de grave en repetidas ocasiones⁴³.

La Sala observa sí, que el Tribunal desarrolló una labor hermenéutica encaminada a determinar y precisar el sentido y alcance de las pretensiones que le fueron planteadas al tenor del contenido de los actos administrativos cuestionados, los fundamentos que sustentaron el cargo y el material probatorio existente en el proceso, aspecto que resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una presunta incongruencia en el fallo, porque el Tribunal se apartó o no acogió los argumentos de los recurrentes o, simplemente, porque uno de los árbitros disintió de algunos de los argumentos

³⁸ Folio 5 del cuaderno 1

³⁹ Folio 11 del cuaderno 1

⁴⁰ Folio 12 del cuaderno 1

⁴¹ Folio 13 del cuaderno 1

⁴² Folio 228 al 251 del cuaderno 1

⁴³ Folio 253 del cuaderno 1

contenidos en el laudo.

Así las cosas, la Sala encuentra que el cuestionamiento hecho por los recurrentes, lo que en realidad comporta es una controversia alusiva a la fundamentación misma del laudo (*vicio in iudicando*), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (*vicio in procedendo*). En esa medida, escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso deberá declararse igualmente infundada.

Como lo ha sostenido esta Corporación, no puede pretenderse, en sede extraordinaria de anulación, que so pretexto del análisis comparativo de la causa petendi y la decisión adoptada en el laudo, se adentre el Juez en el cuestionamiento de la interpretación que de las pretensiones haya realizado el Tribunal⁴⁴.

4.3.3 La tercera causal de anulación planteada es la de “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

4.3.3.1 Argumentos de la ANTV relacionados con la referida causal

El recurrente considera que el Tribunal de Arbitramento, pese a que sustenta la declaración de nulidad del acto demandado en el contenido del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, en realidad transformó su contenido y le dio un alcance que la norma no tiene, lo que conduce a concluir que no aplicó el sistema jurídico normativo.

Al respecto, el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

(...)

h) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.

Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente 43456.

merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio. Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada. Igualmente, la Junta Directiva podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión hasta por seis (6) meses o la cancelación definitiva cuando la transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten. En el caso de las comunidades organizadas, además de dicha suspensión, la Junta Directiva podrá imponer las sanciones de multa hasta por quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la de revocatoria de la licencia para operar el servicio. En el caso de los operadores públicos las sanciones podrán ser multas de hasta mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la destitución de los servidores públicos que hayan tolerado o cometido la infracción. Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.”

Considera el recurrente que la norma transcrita faculta a la ANTV a imponer sanciones a los concesionarios de espacios de televisión por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las entidades relacionadas con el servicio. De la misma manera, señala que las multas serán proporcionadas al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato y se impondrán mediante resolución motiva.

Sostuvo, además, que el Tribunal deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, aspecto que en manera alguna significa que deben acreditarse tales aspectos para que pueda ejercerse la facultad sancionatoria que tiene la administración; sin embargo, estima que el laudo enjuiciado sí los estableció como “requisitos esenciales para el ejercicio del poder sancionatorio”, es más, afirmó que cada uno de esos elementos debía estar comprobado para que la facultad sancionatoria se ejerciera correctamente en estos casos.

Así las cosas, en opinión del recurrente, el laudo se aparta del contenido de la norma jurídica y le da un alcance que este no tiene. En este sentido, considera que no puede aceptarse tal entendimiento, puesto que, como ocurrió en la decisión recurrida, se concluirá siempre con la consecuencia jurídica de nulidad de los actos demandados.

Finalmente, señaló que la presentación del recurso no es simplemente una crítica a una interpretación de una norma que sirvió de fundamento al Tribunal para declarar la nulidad de los actos demandados, sino lo que se quiere destacar es que la interpretación dada es tan ostensiblemente alejada de la finalidad de la norma que en estricto sentido implica que esta no se aplicó.

4.3.3.2. Posición de la parte convocante

La parte convocante señaló, en primer término, que en el presente caso el apoderado de la parte convocada está utilizando el recurso de anulación, y específicamente esta causal para acudir a un recurso de apelación, es decir, lo que pretende el recurrente es la impugnación de aspectos de fondo y no formales de la decisión. Esto a través de un cuestionamiento *in judicando* como si se tratara de una segunda instancia.

Luego, trajo a colación algunas consideraciones sobre los requisitos que han definido la jurisprudencia de la Corporación para la procedencia de la causal invocada, y señaló que la argumentación del recurso está orientada a descalificar la interpretación jurídica que realizó el Tribunal Arbitral, que en manera alguna constituyó una apreciación subjetiva de los hechos y pruebas por parte del juez del contrato.

Señaló que de acuerdo con el artículo 28 del Código Civil, “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio*”, por lo que para el caso *sub examine*, el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, indica que, para el ejercicio de la facultad sancionatoria, la junta directiva de la ANTV deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia de la conducta. Así, la redacción de la norma es incluyente de los tres requisitos, como para concluir que solo la infracción sea el único criterio a tener en cuenta para imponer la sanción.

En definitiva, argumentó que esta causal de anulación no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica por parte del Tribunal Arbitral, para que el juez del recurso se inmiscuya en la valoración fáctica y probatoria realizada por el juez del contrato. Esto, al tener en cuenta que dicha decisión se basó en un análisis conceptual jurídico, con el que el laudo se expidió en derecho y no en conciencia.

4.3.4 El ministerio público guardó silencio

4.3.4.1 Consideraciones de la Sala frente a la causal invocada

La jurisprudencia de la Corporación ha destacado que para predicar si un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros, al resolver el asunto puesto a su consideración, dejaron de lado, de manera evidente, las normas

legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el expediente⁴⁵, al sustentar su decisión de manera exclusiva en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada⁴⁶.

Solo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del que se debe decidir⁴⁷, o por no contar con razonamientos jurídicos⁴⁸, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si los árbitros resuelven con base en el ordenamiento jurídico, fundado en el análisis y valoración de las pruebas allegadas oportunamente al proceso y conforme a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho⁴⁹.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que:

“(…) sólo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que debe acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia y que si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos⁵⁰.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corporación indica que se ha fallado en conciencia, cuando se decide sin pruebas sobre los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones, es decir, sin tener en consideración las pruebas que obran en el plenario. Sobre el particular, señaló lo siguiente:

(…) si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio⁵¹.

En este sentido, el simple desacuerdo de las partes con las razones, interpretaciones y valoraciones hechas por el tribunal al proferir el laudo, en manera alguna configura un

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 14 de 1995. Exp.10468

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000. Exp. 15623 y 18411.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 18 de 2008. Exp. 34543

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Exp.19273, 19090, 29704 y 34543).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2016, Exp. 55307.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Exp. 6.695.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, Exp. 10.468 y sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887.

fallo en conciencia, ni faculta la procedencia de la causal, teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia⁵², razón por la que, no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto⁵³.

La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (I) *Antecedentes*: (i) partes procesales, (ii) el pacto arbitral, (iii) hechos, (iv) pretensiones, (v) contestación de la demanda y excepciones, (vi), trámite arbitral; (II) *Consideraciones del Tribunal*: (A) Excepciones relativas a la competencia del Tribunal, (i) caducidad y prescripción, (ii) falta de competencia del Tribunal para conocer respecto a la demanda de actos sancionatorios y para pronunciarse sobre las pretensiones de la presente demanda, (iii) inexistencia de causa para la pretendida “restitución”; (B) Consideraciones sobre las pretensiones, (i) Violación de la Ley 182 de 1995, art. 12, literal h), al tasar el monto de la multa sin atender 1) el daño producido, 2) el valor actualizado del contrato, 3) la reincidencia y violación de los principios de tipicidad y legalidad; (C) Consideraciones sobre las facultades del Tribunal respecto de los actos administrativos de la ANTV; (D) Indexación del valor de la multa indebidamente impuesta; (E) Costas Procesales; (III) *Decisión*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala evidencia que el Tribunal Arbitral hizo su estudio en capítulos organizados por tema según las pretensiones, así como en las excepciones planteadas; de igual manera, definió lo relativo a la competencia del Tribunal y abordó la legalidad de los actos administrativos censurados, con fundamento en su interpretación de la Ley 182 de 1995, art. 12, literal h y, a partir de ello, a través de un procedimiento de raciocinio declaró la prosperidad de la primera pretensión principal propuesta por RCN Televisión S.A., que significó la anulación de las resoluciones 342 del 14 de marzo de 2002 y 088 del 4 de febrero de 2015, expedidas por la CNTV y la ANTV, y la correspondiente condena para esta última, en el sentido de tener que restituir a RCN la suma indexada que pagó en cumplimiento de las resoluciones anuladas.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2017. Exp. 57350

Por tal motivo, los razonamientos del recurrente corresponden a reparos con la interpretación que hizo el Tribunal Arbitral de la norma antes citada, al considerar que la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia de la comisión de la conducta son requisitos que no deben acreditarse para ejercer la potestad sancionatoria, porque de ser así conduciría a la nulidad de los actos administrativos como ocurrió en este caso, aspectos que, claramente, escapan a la competencia del juez del recurso extraordinario de anulación. Esto, al tener en cuenta que dicho procedimiento excepcional no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica que ya fue resuelta en el laudo arbitral, como si se tratase de una segunda instancia.

Así las cosas, el laudo fue proferido por el Tribunal Arbitral con base en las normas jurídicas que sustentaban los cargos impetrados y en la valoración detenida de las pruebas, sin que en esta instancia sea procedente entrar a evaluar la pertinencia del análisis jurídico, como tampoco el mérito que se dio al acervo probatorio, pues ello, tal como se indicó, escapa a las competencias del juez de anulación. Como la decisión del Tribunal Arbitral supuso un enjuiciamiento de los actos administrativos censurados, frente a las normas que regulan las facultades sancionatorias de la ANTV, las reglas de la sana crítica y las pruebas arrimadas al proceso, es evidente que el fallo fue en derecho, es decir, no se evidenció una valoración subjetiva de los hechos y pruebas por parte del Tribunal Arbitral.

Por lo anterior, esta circunstancia, por sí misma, no configura la hipótesis de fallo en conciencia o equidad, puesto que es propio del juez arbitral desentrañar e interpretar el sentido de las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral y las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos con el propósito de resolver el conflicto, con base en las reglas particulares de interpretación previstas en los artículos 1618 al 1624 del Código Civil.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha indicado lo siguiente:

“(...) El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir

conforme a la equidad o según su leal saber y entender o verdad sabida y buena fe guardada -ex aequo et bono-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho.”⁵⁴

Así, la Sala considera que el objeto del recurrente con la formulación de esta causal reconduce a la intervención de esta Corporación en asuntos sustanciales relativos a cuestionar las consideraciones y valoraciones jurídicas realizadas por el Tribunal de Arbitramento en su laudo, sin demostrar cuáles fueron los errores estrictamente procesales, aspectos que constituyen, con claridad, errores *in iudicando*, razón suficiente para señalar que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

5. Condena en costas

El párrafo final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, establece lo siguiente:

“Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

(...)

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.”

En las anteriores condiciones se impone concluir que, como los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y el Ministerio Público son infundados, por cuanto no prosperaron las causales invocadas, se condenará en costas únicamente a la ANTV según lo previsto en el artículo 43 *ibídem*.

Por medio del Acuerdo N.º 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Expediente No. 46779

agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales y se indicó, en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales, una tarifa de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵⁵.

Según los criterios establecidos en el artículo 361 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y el artículo 3 del Acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, la Sala fijará a título de costas procesales por concepto de agencias en derecho el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2018 es de \$781.242, las agencias en derecho ascienden en este caso a \$ 7.812. 242.00

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADOS los recursos de anulación propuestos por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y el Ministerio Público en contra del laudo arbitral del cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017), aclarado por medio de auto del catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) hoy Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y RCN Televisión S.A., en el marco del Contrato de Concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, prorrogado por otrosí suscrito el 9 de enero de 2009.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)**, para lo cual se fija, por concepto de agencias en derecho, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a siete millones ochocientos doce mil doscientos cuarenta y dos pesos moneda corriente (\$ 7.812. 242.00 M/cte), a favor de los convocantes.

⁵⁵ Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de Sala

Aclaración de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto

JUSTICIA ADMINISTRATIVA ARBITRAL – Coexistencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la justicia arbitral / Jueces naturales de los contratos estatales

Si ello es así y si lo particular del contrato estatal no son solo los fines y el sujeto contratante, sino también la mediación de actos administrativos: ¿tiene sentido mantener el criterio de materias “arbitrables” y otras que no lo son, como lo ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1968, con base en doctrina extranjera, posteriormente retomado por la Corte

Constitucional, en muy discutible pronunciamiento, y que ahora hace suyo la Ley 1563 de 2012? ¿Si el contrato estatal es escenario natural de los actos administrativos, puede impedírsele a su juez natural –el arbitral– pronunciarse sobre ellos? ¿El artículo 116 de la C.N. limita a los árbitros para conocer de la legalidad de los actos administrativos, incluyendo los proferidos en ejercicio de potestades excepcionales? ¿Tiene sentido permitir a los árbitros pronunciarse sobre los “efectos económicos” de los actos administrativos, incluidos los expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, pero no sobre su “legalidad”? ¿Los “efectos económicos” de los actos administrativos no son, en el fondo, el restablecimiento de un derecho, que, en caso de ser vulnerado por un acto administrativo, requiere como paso lógico previo su nulidad? ¿Existe algún fundamento constitucional para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-1436 de 2002) y del Consejo de Estado excluyan de la competencia de los árbitros los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales previstas exclusivamente en el artículo 14? ¿Qué sucede con otras potestades excepcionales como la imposición de multas o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, que no están en dicho artículo sino en el 17 de la Ley 1150 de 2007 o la terminación unilateral por nulidad, prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993?

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00150-00 (60181)

Actor: RCN TELEVISIÓN S.A.

Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN (ANTV)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS-Competencia de la justicia arbitral.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión que adoptó la Sala el 23 de abril de 2018, que negó el recurso extraordinario de anulación, aclaro voto.

La realidad no puede ocultarse. La justicia arbitral, con el paso de los años, coexiste con la justicia institucional y las dos son simultáneamente jueces naturales de los contratos públicos. Al punto que se habla de “justicia administrativa arbitral.”

Si ello es así y si lo particular del contrato estatal no son solo los fines y el sujeto contratante, sino también la mediación de actos administrativos: ¿tiene sentido mantener el criterio de materias “arbitrables” y otras que no lo son, como lo ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1968⁵⁶, con base en doctrina extranjera, posteriormente retomado por la Corte Constitucional, en muy discutible pronunciamiento, y que ahora hace suyo la Ley 1563 de 2012? ¿Si el contrato estatal es escenario natural de los actos administrativos, puede impedírsele a su juez natural – el arbitral– pronunciarse sobre ellos?

¿El artículo 116 de la C.N. limita a los árbitros para conocer de la legalidad de los actos administrativos, incluyendo los proferidos en ejercicio de potestades excepcionales?

¿Tiene sentido permitir a los árbitros pronunciarse sobre los “efectos económicos” de los actos administrativos, incluidos los expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, pero no sobre su “legalidad”? ¿Los “efectos económicos” de los actos administrativos no son, en el fondo, el restablecimiento de un derecho, que en caso de ser vulnerado por un acto administrativo, requiere como paso lógico previo su nulidad?

¿Existe algún fundamento constitucional para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-1436 de 2002) y del Consejo de Estado excluyan de la competencia de los árbitros los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales previstas exclusivamente en el artículo 14? ¿Qué sucede con otras potestades excepcionales como la imposición de multas o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, que no están en dicho artículo sino en el 17 de la Ley 1150 de 2007 o la terminación unilateral por nulidad, prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993?

Es hora de replantear esta materia. Sería el legislador, con una buena dosis de ingenio, el encargado de precisarla, con el fin de forzar una decisión de constitucionalidad que, con base en la Constitución y no en discutibles criterios jurisprudenciales, estudie la materia.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 5 de septiembre de 1968

