

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - La providencia cuestionada no vulnera el derecho al debido proceso / DEFECTO SUSTANTIVO - No se configura de acuerdo a la norma aplicable al caso concreto la parte responsable del rompimiento del equilibrio del contrato no puede solicitar el restablecimiento / DEFECTO FÁCTICO - No se configura ya que se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas al proceso y se desarrolló un extenso capítulo con el fin de señalar paso a paso los factores externos que impidieron a la CNTV adjudicar el tercer canal

[L]a Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo de tutela de la primera instancia sostuvo que no era posible estudiar el cargo, porque en su criterio lo que se pretendía era reabrir el debate de instancia y, además, porque era evidente que “el Tribunal de Arbitramento sustentó con suficiencia las razones por las que consideró que el equilibrio económico del contrato celebrado entre RCN S.A. y la CNTV se rompió por causas no atribuibles a esa autoridad”, argumento que comparte esta Sala de decisión. En efecto, el tribunal de arbitramento accionado, en el laudo arbitral que se cuestiona, manifestó que con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 lo que se pretende es mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar. Indicó que, en consecuencia, quien da lugar al rompimiento del equilibrio contractual por culpa que le sea imputable, no tiene derecho a reclamar el restablecimiento de sus derechos contractuales. Explicó... del laudo arbitral, con sustento en las pruebas allegadas, cada una de las razones por las que estimaba que la CNTV (ahora ANTV) no dio lugar al rompimiento del equilibrio del contrato y, por las cuales, no se veía inmersa en el artículo 27 de la Ley 1475 de 2011 (...) la decisión que se adoptó vía laudo arbitral, se soportó no solo en el estudio de la norma que se alude como indebidamente interpretada, sino también en las pruebas que condujeron a determinar que la CNTV debía ser reestablecida en sus derechos económicos porque en el curso del proceso se demostró que no fue la culpable del rompimiento del equilibrio contractual, en tanto la no entrada en operación del tercer canal de televisión se debió, incluso, a que los actuales concesionarios de televisión, entre ellos RCN, desplegaron actividades que impidieron la adjudicación de la concesión. Así las cosas, los argumentos desarrollados en la impugnación en relación con el defecto sustantivo, no están llamados a prosperar, pues atendiendo las pruebas existentes, el tribunal accionado determinó que la CNTV, al no ser culpable del rompimiento de la ecuación contractual, podía solicitar el restablecimiento de sus derechos. Dicho lo anterior, en el asunto bajo examen es incuestionable que la parte actora no cumplió con los deberes anotados en precedencia, toda vez que de manera general refirió que el tribunal de arbitramento dejó de valorar un centenar de pruebas pero sin individualizarlas y sin concretar las razones específicas por las que de haberse estudiado hubieran conducido a una decisión arbitral diferente. En cuanto a la afirmación según la cual el tribunal no analizó el testimonio de (...) ex comisionado de la CNTV, así como las actas 1350 y 1402 de la junta directiva de la misma entidad, la Sala aprecia que si bien es cierto en el texto del laudo arbitral solo se relacionó la existencia de la citada declaración y no se hizo alusión a las actas, lo cierto es que la ausencia de valoración de estas pruebas no constituye un defecto fáctico con la virtualidad de variar la decisión cuestionada y que se apoyó en un extenso caudal probatorio. En efecto, las pruebas cuyo estudio echa de menos la parte actora solo dan cuenta de una tardanza de la CNTV en dar trámite al proceso de licitación pública, el que de todas maneras inició y que se encontraba programado para que la concesión del tercer canal se entregara en tiempo, obligación que no se logró cumplir, se reitera, por causas no imputables a la CNTV sino a factores externos a su voluntad. Ahora bien, no escapa a la Sala que dentro del defecto fáctico se indica que el tribunal de arbitramento desconoció que la Procuraduría General de

la Nación recomendó revocar la apertura de la primer licitación que abrió la CNTV porque no garantizaba la pluralidad de oferentes ni aseguraba la maximización de los recursos del Estado, lo que demostraba que la no entrada del tercer canal de televisión era imputable a la entidad administrativa, sin embargo, la apreciación que presenta la actora no obedece a la realidad, en tanto en el laudo arbitral se desarrolló un extenso capítulo con el fin de señalar paso a paso los factores externos que impidieron a la CNTV adjudicar el tercer canal, entre ellos, la intervención del Ministerio Público durante la primer licitación y las decisiones judiciales del Consejo de Estado, de lo cual es fácil concluir que la valoración que se echa de menos sí existió, solo que no en el sentido que prende la accionante. De acuerdo con lo anterior, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, RCN Televisión S.A. no logró demostrar la vulneración de sus derechos fundamentales, motivo por el cual confirmará la sentencia de tutela del 13 de octubre 2016, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, mediante la cual se negó el amparo que solicitó.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 1475 DE 2011 - ARTICULO 27

NOTA DE RELATORIA: La Sala de la Sección Quinta del Consejo considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada dentro del expediente N° 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se encuentra la relativa a cuando el juez omite valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente. Bajo tal parámetro de procedibilidad de la solicitud de amparo, se señaló que corresponde a la parte actora **(i)** precisar cuál o cuáles de las pruebas no fueron objeto de valoración por el juez y, **(ii)** explicar la razón e incidencia de la prueba en el fallo atacado, concretando los motivos por los cuales de haber sido apreciadas se hubiera llegado a una decisión diferente a la censurada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02694-01(AC)

Actor: RCN TELEVISIÓN S.A.

Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el apoderado judicial de RCN Televisión S.A., contra la sentencia del 13 de octubre de 2016, dictada por la

Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual negó el amparo de los derechos fundamentales de la actora.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional

La sociedad RCN Televisión S.A., por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de obtener el amparo de su derecho fundamental al debido proceso.

Consideró vulnerado este derecho con el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012, dictado dentro del trámite arbitral que promovió la Comisión Nacional de Televisión en contra de RCN Televisión S.A.

A título de amparo constitucional, reclamó lo siguiente:

“Respetuosamente solicito a esa Corporación, se tutele el derecho fundamental al debido proceso de mi representada, vulnerado por las vías de hecho en que incurrió el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Gilberto Peña Castrillón, Fernando Pabón Santander y César Hoyos Salazar, con ocasión del laudo dictado el 7 de noviembre de 2012 en el marco del proceso arbitral promovido por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN contra RCN TELEVISIÓN S.A.

Que como consecuencia del amparo solicitado se declare la nulidad del laudo arbitral dictado el 7 de noviembre de 2012 en el marco del proceso arbitral promovido por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN contra RCN TELEVISIÓN S.A.”

La solicitud de tutela tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Informó que la Comisión Nacional de Televisión, en adelante CNTV, convocó un tribunal de arbitramento contra RCN Televisión S.A., por el presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 140 de 1997, prorrogado con el Otrosí 8 del 9 de enero de 2009.

Afirmó que la pretensión principal de la demanda tuvo sustento en que se presentó un cambio imprevisto en el mercado de televisión abierta debido a que no entró en operación el tercer canal privado de televisión abierta, lo que produjo que los actuales concesionarios explotaran el servicio en condiciones más favorables de competencia, lo que implicó para la CNTV mayores costos.

Comunicó que el tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012, declaró el rompimiento de la ecuación del contrato y, en consecuencia, condenó a RCN Televisión S.A. a

restablecer el equilibrio contractual con apoyo en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Sostuvo que el fundamento para la anterior decisión fue que las partes, al momento de suscribir la prórroga de la concesión, determinaron el precio teniendo en cuenta que entraría en operación un tercer canal, lo cual no sucedió porque la Procuraduría General de la Nación pidió a la CNTV revocar la Resolución 001 de 2009, mediante la cual se abrió la primer licitación del nuevo canal y, posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el curso de una demanda de simple nulidad, suspendió y luego anuló parcialmente el pliego de condiciones de la segunda licitación.

3. Sustento de la vulneración

Destacó que la vulneración del derecho fundamental al debido proceso se presentó porque en la decisión arbitral cuestionada se configuraron los defectos y fáctico.

(i) Defecto sustantivo por inaplicación o aplicación indebida del artículo 27 de la Ley 80 de 1993

Expresó que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que cuando se rompe el equilibrio económico de un contrato por causa no imputable a quien resulte afectado, es deber de las partes adoptar las medidas pertinentes para su restablecimiento.

Aseguró que de acuerdo con la norma, la parte responsable del rompimiento del equilibrio del contrato no puede solicitar restablecimiento.

Indicó que la CNTV fue la culpable del rompimiento del equilibrio contractual, toda vez que la razón para que no entrara en operación el tercer canal de televisión, se debió al mal diseño de las dos licitaciones que se adelantaron con ese fin.

Insistió que no se dieron los presupuestos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 para que la CNTV reclamara el restablecimiento del equilibrio económico, sin embargo, el tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio, apartándose del tenor de la norma, condenó a la hoy accionante a reconocer a la accionada \$32.362'739.667.

(ii) Defecto fáctico

Explicó que este defecto se presenta por dos razones específicas, la primera, porque el tribunal de arbitramento accionado omitió la valoración de algunas pruebas al momento de resolver sobre la excepción que propuso RCN Televisión S.A., la cual denominó *“improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV”* y, la segunda, porque para resolver la aludida excepción, valoró defectuosamente otras pruebas que lo condujeron a concluir que la CNTV no era la culpable de que el tercer canal no entrara en

funcionamiento.

Respecto de la primera de las situaciones manifestó que *“el Tribunal de Arbitramento omitió valorar y apreciar cerca de un centenar de pruebas dentro de las que se encontraban testimonios, documentos, correos electrónicos, resoluciones y fallos judiciales, entre otros”*, con las cuales se acreditó que la entrada del tercer canal de televisión era imputable a la CNTV.

Sostuvo que tampoco se analizó el testimonio de Eduardo Noriega, ex comisionado de la CNTV, así como las actas 1350 y 1402 de la junta directiva de la misma entidad.

Expresó que varias pruebas allegadas legalmente al expediente para demostrar que la licitación fracasó por culpa de la CNTV, no fueron consideradas por el tribunal de arbitramento pese a que fueron expuestas en los alegatos de conclusión *“a tal punto que nada se dijo al respecto de ninguna de dichas pruebas, como si no hubiesen existido”*, situación que se convierte en un *“típico ejemplo en el que se configura claramente una típica vía de hecho por defecto fáctico por una omisión en la valoración de las pruebas”*.

Sobre el segundo cargo por defecto fáctico expresó que el tribunal de arbitramento desconoció que la Procuraduría General de la Nación recomendó revocar la apertura de la primera licitación que abrió la CNTV porque no garantizaba la pluralidad de oferentes ni aseguraba la maximización de los recursos del Estado, causa imputable únicamente a esa entidad administrativa.

Señaló que a pesar de lo anterior, en el laudo arbitral se determinó que el hecho de que no entrara en funcionamiento el tercer canal se debió al actuar de la Procuraduría General de la Nación y no a la culpa de la CNTV.

Destacó que el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de febrero de 2012, declaró la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la segunda licitación abierta por la CNTV con el fin de entregar en concesión el tercer canal de televisión abierta, lo cual demostraba que el proceso que pretendía adelantar la entidad con un solo proponente vulneraba la ley, situación que no era imputable a RCN Televisión S.A., sin embargo, en el laudo se concluyó que la razón para que no entrara en funcionamiento el nuevo canal se debió a una decisión adoptada por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no a la CNTV.

4. Trámite de la solicitud de amparo

La solicitud de tutela se presentó el 14 de noviembre de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, Corporación que mediante auto del mismo día declaró su falta de competencia para conocer de la acción y, en consecuencia, dispuso la remisión del expediente al Consejo de Estado².

¹ Folio 596 del cuaderno 2 del expediente.

² Folios 598 a 600 del cuaderno 2 del expediente.

En providencia del 10 de diciembre de 2013³, la ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la tutela y ordenó notificar al tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado por Gilberto Peña Castrillón, César Hoyos Salazar y Fernando Pabón Santander, así como a la CNTV, hoy Autoridad Nacional de Televisión, y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Se concedió el término de dos días para ejercer el derecho a la defensa y aportar las pruebas que se consideraran pertinentes.

5. Argumentos de defensa

5.1 De la Autoridad Nacional de Televisión

Sostuvo el apoderado judicial de la entidad que la sociedad accionante cuestiona el laudo arbitral sin censurar el fallo del 29 de agosto de 2013, mediante el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente 2012-00088, confirmó la decisión adoptada por el tribunal de arbitramento y, donde se ventilaron las mismas inconformidades que ahora se desarrollan vía acción de tutela.

Indicó que los árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá expusieron detalladamente las pruebas y razones que tuvieron en cuenta para concluir que se rompió el equilibrio económico entre la CNTV y RCN Televisión S.A., entre ellos, el hecho de que la primera licitación para entregar en concesión el tercer canal de televisión abierta se revocó porque no obstante que la entidad no estaba de acuerdo con las observaciones de la Procuraduría General de la Nación, ésta amenazó con la apertura de investigaciones disciplinarias si no se acogían sus sugerencias, lo que demostró que la decisión de la CNTV no fue libre y, en esa medida, la administración no fue culpable del cierre del proceso de selección.

Manifestó que respecto de la segunda licitación, la Procuraduría General de la Nación aceptó que cumplía con lo necesario para continuar el proceso, sin embargo, como a petición del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió un concepto desfavorable, la situación implicó la existencia de dos posiciones disímiles sobre el particular.

Explicó que la entidad continuó el proceso licitatorio, no obstante, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto del 29 de julio de 2010, en un proceso de nulidad contractual, suspendió el numeral 4.11 del pliego de condiciones relacionado con la maximización de los ingresos para el Estado y, posteriormente, en sentencia del 14 de febrero de 2012, decretó su nulidad, razón que impidió continuar con el citado trámite.

³ Folios 597 y 298 (sic) del cuaderno 2 del expediente.

Adujo que bajo la anterior circunstancia, el tribunal de arbitramento consideró que la CNTV ejecutó todas las actividades tendientes a celebrar el contrato del tercer canal, lo que no se logró en principio por petición de la Procuraduría General de la Nación y, posteriormente, por decisión del Consejo de Estado, situaciones extraordinarias no imputables a la CNTV que le impidieron la adjudicación de la concesión.

Expresó que en la acción de tutela la parte actora se dedicó a manifestar de manera infundada que se desconocieron un centenar de pruebas, argumento genérico en el que no se concretaron los motivos para demostrar la existencia del defecto fáctico, situación que también se presentó en el proceso arbitral y frente a lo cual en el punto 493 del laudo se señaló que *“La convocada no satisfizo la carga procesal que tenía de demostrar la conducta culposa de la Convocante, ni la relación de causalidad entre dicha supuesta culpa y la ocurrencia de los hechos que se invocan como causantes de la no entrada en operación del tercer canal de televisión”*.

5.2 De los árbitros Gilberto Peña Castrillón, César Hoyos Salazar y Fernando Pabón Santander

Destacaron que los reproches se dirigen exclusivamente contra el laudo arbitral dictado el 7 de noviembre de 2012, no obstante, la solicitud de amparo se presentó el 13 de noviembre de 2013, esto es, pasado más de un año, motivo por el cual la acción es improcedente porque no cumple con el parámetro de inmediatez.

Indicaron que si RCN Televisión S.A. no atacó la decisión del 29 de agosto de 2013 que emitió la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual negó la prosperidad del recurso de anulación que la sociedad actora presentó y que apoyó en los mismos argumentos que ahora expone vía tutela, es porque aceptó lo resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que impide atacar el laudo arbitral extemporáneamente.

Expresaron que extrañamente el defecto sustantivo se sustenta únicamente en la indebida interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, sin tener en cuenta que en el numeral 276 del laudo se indicó que la decisión tendría sustento en los artículos 4, 5, 13, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 2, parágrafo 3 de la Ley 680 de 2001, todas relativas a la interpretación de las normas sobre contratos estatales, procedimiento de selección, escogencia de contratistas y cláusulas y estipulaciones de los contratos.

Subrayaron que lo pretendido por la accionante vía tutela, es imponer que se acoja a toda costa sus argumentaciones, en desmedro de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica originadas en el fallo que dictó el Consejo de Estado y que no es objeto de censura.

Sostuvieron que el hecho de que la actora no comparta lo decidido en el laudo arbitral, no implica que se haya incurrido en un defecto sustantivo o fáctico pues,

por el contrario, éste se apoyó en los hechos expuestos por las partes, las pruebas aportadas al proceso y en las normas aplicables al caso concreto.

6. La sentencia de primera instancia

En decisión del 13 de octubre de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos fundamentales del accionante.

Indicó que la acción superaba los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, en especial el de inmediatez, pues si bien únicamente se cuestionaba el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012, lo cierto era que contra éste el Consejo de Estado resolvió un recurso de anulación el 30 de agosto de 2013, de manera que al radicarse la tutela el 21 de noviembre del mismo año, se entendía que la acción se ejerció en un plazo razonable.

Estableció que RCN Televisión S.A. presentó un recurso de anulación contra el laudo arbitral objeto de cuestionamiento, en el que adujo las mismas inconformidades que exponía vía acción de tutela.

Adujo que el tribunal de arbitramento estudió razonadamente la aplicación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y que ninguna de las inconformidades planteadas por la accionante prosperaron, motivo por el cual en sentencia del 29 de agosto de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación las desestimó, toda vez que concluyó que en el laudo arbitral se estudiaron las pruebas y se aplicó la normativa pertinente al caso concreto.

Señaló que en realidad lo que se perseguía con la solicitud de amparo era reabrir el debate de instancia resuelto por el Consejo de Estado, juez natural a cuyo cargo está el conocimiento de los recursos de anulación que se propongan contra los laudos arbitrales.

Explicó que, además de lo anterior, los fundamentos de la tutela pretendían lograr un estudio de lo que se decidió en el laudo arbitral, lo que resultaba imposible, pues el tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá sustentó las razones por las cuales consideraba que se rompió el equilibrio económico entre la accionante y la CNTV.

Manifestó que cuando se alega vulneración de derechos fundamentales por defecto fáctico, su configuración demanda que se demuestre que la valoración que el juez hizo de las pruebas fue abiertamente arbitraria o irracional, aspecto que no se cumplió en el presente asunto.

7. La impugnación

Pidió el apoderado de la actora revocar el fallo de tutela del 13 de octubre de 2016 dictado por la Sección Cuarta de esta Corporación.

Manifestó que en el recurso de anulación propuso como cargo contra el laudo arbitral, la vulneración del debido proceso por defecto fáctico, frente a lo cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 29 de agosto de 2013, sostuvo que la protección de derechos fundamentales escapaba a la naturaleza de la acción propuesta, entonces no era cierto que allí se debatieron las mismas alegaciones que ahora se presentan.

Con fundamento en lo anterior, reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación instaurada por el apoderado de RCN Televisión S.A. contra la sentencia de tutela del 13 de octubre de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se debe revocar, modificar o confirmar el fallo de tutela de primera instancia, para lo cual se deberá estudiar sí, como lo manifiesta el apoderado de la accionante en la impugnación, el Tribunal de Arbitramento sí incurrió en los defectos sustantivo y fáctico en el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **i)** estudio de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial y, **(ii)** el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Sería del caso que la Sala se pronunciara sobre los requisitos especiales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, sin embargo, como esa circunstancia no fue censurada en la impugnación, la Sala abordará de fondo el estudio de esta.

4. Caso concreto

En el asunto bajo examen, la Sala estima que la impugnación no está llamada a prosperar, por las razones que se pasan a explicar.

La accionante adujo la existencia de un defecto sustantivo por inaplicación o aplicación indebida del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, para lo cual sostuvo que la norma establece que cuando se rompe el equilibrio económico de un contrato por causa no imputable a quien resulte afectado, es deber de las partes adoptar

las medidas pertinentes para su restablecimiento, en consecuencia, no puede solicitar indemnización quien fue el responsable del rompimiento de la ecuación del contrato, y como la CNTV fue la culpable que no entrara en operación el tercer canal de televisión abierta por su falta de diligencia, no era posible que la actora fuera condenada a reestablecer el equilibrio del contrato.

Frente a este aspecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo de tutela de la primera instancia sostuvo que no era posible estudiar el cargo, porque en su criterio lo que se pretendía era reabrir el debate de instancia y, además, porque era evidente que *“el Tribunal de Arbitramento sustentó con suficiencia las razones por las que consideró que el equilibrio económico del contrato celebrado entre RCN S.A. y la CNTV se rompió por causas no atribuibles a esa autoridad”*, argumento que comparte esta Sala de decisión.

En efecto, el tribunal de arbitramento accionado, en el laudo arbitral que se cuestiona, manifestó que con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 lo que se pretende es mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar.

Indicó que, en consecuencia, quien da lugar al rompimiento del equilibrio contractual por culpa que le sea imputable, no tiene derecho a reclamar el restablecimiento de sus derechos contractuales.

Explicó desde el folio 93 al 104 del laudo arbitral, con sustento en las pruebas allegadas, cada una de las razones por las que estimaba que la CNTV (ahora ANTV) no dio lugar al rompimiento del equilibrio del contrato y, por las cuales, no se veía inmersa en el artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, de lo cual concluyó que:

“en este arbitraje se ha probado plenamente que no fue la conducta de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, CNTV, ni por acción, ni por omisión, la causa de la no entrada en operación, en una fecha prevista contractualmente, de un tercer canal nacional de televisión abierta. De igual modo resultó acreditado en el proceso que los concesionarios intervinieron en los procedimientos de selección del tercer canal de manera activa y su participación fue uno de los elementos que influyeron en la no adjudicación de dichos certámenes”.

Como se aprecia, la decisión que se adoptó vía laudo arbitral, se soportó no solo en el estudio de la norma que se alude como indebidamente interpretada, sino también en las pruebas que condujeron a determinar que la CNTV debía ser reestablecida en sus derechos económicos porque en el curso del proceso se demostró que no fue la culpable del rompimiento del equilibrio contractual, en tanto la no entrada en operación del tercer canal de televisión se debió, incluso, a que los actuales concesionarios de televisión, entre ellos RCN, desplegaron actividades que impidieron la adjudicación de la concesión.

Así las cosas, los argumentos desarrollados en la impugnación en relación con el defecto sustantivo, no están llamados a prosperar, pues atendiendo las pruebas

existentes, el tribunal accionado determinó que la CNTV, al no ser culpable del rompimiento de la ecuación contractual, podía solicitar el restablecimiento de sus derechos.

Manifestó el apoderado de RCN Televisión S.A. que se presentó un defecto fáctico porque el tribunal de arbitramento omitió la valoración de algunas pruebas al momento de resolver la excepción que propuso RCN Televisión S.A., la cual denominó *“improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico por causas imputables a la CNTV”* y, además, debido a que para resolver la aludida excepción, valoró defectuosamente otras pruebas que lo condujeron a concluir que la CNTV no era la culpable de que el tercer canal no entrara en funcionamiento.

Explicó que *“el Tribunal de Arbitramento omitió valorar y apreciar cerca de un centenar de pruebas dentro de las que se encontraban testimonios, documentos, correos electrónicos, resoluciones y fallos judiciales, entre otros”*, con los cuales se acreditaba que la entrada del tercer canal de televisión era imputable a la CNTV.

Sostuvo que no se analizó el testimonio de Eduardo Noriega, ex comisionado de la CNTV, así como las actas 1350 y 1402 de la junta directiva de la misma entidad.

Expresó que varias pruebas allegadas legalmente al expediente para demostrar que la licitación fracasó por culpa de la CNTV, no fueron consideradas por el tribunal de arbitramento pese a que fueron expuestas en los alegatos de conclusión *“a tal punto que nada se dijo al respecto de ninguna de dichas pruebas, como si no hubiesen existido”*, situación que se convierte en un *“típico ejemplo en el que se configura claramente un típica vía de hecho por defecto fáctico por una omisión en la valoración de las pruebas”*.

Esta Sala considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente N° 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se encuentra la relativa a cuando el juez omite valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente.

Bajo tal parámetro de procedibilidad de la solicitud de amparo, se señaló que corresponde a la parte actora **(i)** precisar cuál o cuáles de las pruebas no fueron objeto de valoración por el juez y, **(ii)** explicar la razón e incidencia de la prueba en el fallo atacado, concretando los motivos por los cuales de haber sido apreciadas se hubiera llegado a una decisión diferente a la censurada.

Dicho lo anterior, en el asunto bajo examen es incuestionable que la parte actora no cumplió con los deberes anotados en precedencia, toda vez que de manera general refirió que el tribunal de arbitramento dejó de valorar un centenar de pruebas pero sin individualizarlas y sin concretar las razones específicas por las que de haberse estudiado hubieran conducido a una decisión arbitral diferente.

En cuanto a la afirmación según la cual el tribunal no analizó el testimonio de Eduardo Noriega, ex comisionado de la CNTV, así como las actas 1350 y 1402 de la junta directiva de la misma entidad, la Sala aprecia que si bien es cierto en el texto del laudo arbitral solo se relacionó la existencia de la citada declaración y no se hizo alusión a las actas, lo cierto es que la ausencia de valoración de estas pruebas no constituye un defecto fáctico con la virtualidad de variar la decisión cuestionada y que se apoyó en un extenso caudal probatorio.

En efecto, las pruebas cuyo estudio echa de menos la parte actora solo dan cuenta de una tardanza de la CNTV en dar trámite al proceso de licitación pública, el que de todas maneras inició y que se encontraba programado para que la concesión del tercer canal se entregara en tiempo, obligación que no se logró cumplir, se reitera, por causas no imputables a la CNTV sino a factores externos a su voluntad.

Ahora bien, no escapa a la Sala que dentro del defecto fáctico se indica que el tribunal de arbitramento desconoció que la Procuraduría General de la Nación recomendó revocar la apertura de la primer licitación que abrió la CNTV porque no garantizaba la pluralidad de oferentes ni aseguraba la maximización de los recursos del Estado, lo que demostraba que la no entrada del tercer canal de televisión era imputable a la entidad administrativa, sin embargo, la apreciación que presenta la actora no obedece a la realidad, en tanto en el laudo arbitral se desarrolló un extenso capítulo con el fin de señalar paso a paso los factores externos que impidieron a la CNTV adjudicar el tercer canal, entre ellos, la intervención del Ministerio Público durante la primer licitación y las decisiones judiciales del Consejo de Estado, de lo cual es fácil concluir que la valoración que se echa de menos sí existió, solo que no en el sentido que prende la accionante.

De acuerdo con lo anterior, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, RCN Televisión S.A. no logró demostrar la vulneración de sus derechos fundamentales, motivo por el cual confirmará la sentencia de tutela del 13 de octubre 2016, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, mediante la cual se negó el amparo que solicitó.

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

FALLA

PRIMERO.- Confírmase la sentencia del 13 de octubre de 2016, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el recurso de anulación 110010315000201302694-00, propuesto contra el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2012, al despacho judicial de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera
Ausente con permiso

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero